



Paolo Mezzanotte*

Class action e Costituzione: dimensione metaindividuale dei diritti e ruolo della giurisdizione**

SOMMARIO: 1. Il rilievo costituzionale del tema. – 2. La tutela giurisdizionale fra interesse individuale e collettivo. – 3. Azioni collettive e azioni di classe. – 4. I modelli di *class action*: la legislazione nazionale e la Direttiva sulle azioni rappresentative. – 4.1. La *class action* di diritto privato e la sua evoluzione. – 4.2. La c.d. *class action* di diritto pubblico. – 4.3. La Direttiva europea sulle azioni rappresentative. – 4.4. I tratti comuni: qualche considerazione. – 5. La dimensione plurima del diritto di difesa e i suoi limiti costituzionali. – 5.1. Nei diritti fondamentali in genere. – 5.2. Nel diritto di difesa in giudizio. – 6. Su alcuni dubbi di legittimità. – 7. Trasfigurazioni della funzione giurisdizionale e rischi per la sua legittimazione. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Il rilievo costituzionale del tema.

Quando ci si accosta a temi che in parte sfuggono ai confini stretti della propria disciplina, la prudenza è d'obbligo. Iniziative di questo tipo corrono talvolta il rischio di apparire come un'incursione nel territorio altrui. Nella specie, lo studio del fenomeno delle *class actions* implica il confronto con istituti propri del diritto civile, processuale, amministrativo, per tacere dei risvolti comparativi. Occorre altresì guardarsi dal rischio, "eguale e contrario", di imbattersi nel disinteresse della comunità scientifica di appartenenza per occuparsi di questioni estravaganti rispetto ai temi tradizionalmente ritenuti più centrali.

Posto questo *caveat*, l'interesse costituzionalistico per l'argomento in oggetto è legittimato dai motivi che seguono.

La disciplina delle *class actions* si è tradotta nell'impianto nel nostro ordinamento di istituti i quali, sebbene variamente rivisitati, non sono pienamente riconducibili alla nostra tradizione giuridica. Parte della dottrina ha espresso perplessità sulla coerenza della normativa con le prescrizioni costituzionali fondamentali in materia di diritto di difesa e di giusto processo. Tali interrogativi hanno interessato alcuni aspetti della disciplina ma, talvolta, hanno direttamente

* Ricercatore confermato in Diritto pubblico – Sapienza Università di Roma.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

investito la compatibilità del complessivo modello della *class action* con l'ordinamento costituzionale italiano¹.

Peraltro, come si vedrà, i principi costituzionali in questione non vengono in rilievo solo come parametro rispetto al diritto legislativo e neppure solo come *têtes de chapitre* di alcune branche dell'ordinamento legislativo – diritto civile, processuale, amministrativo². Per le ragioni di cui appresso, essi divengono infatti l'oggetto stesso di studio, di cui è necessario rivedere l'interpretazione alla luce delle esigenze e dei problemi suscitati dall'analisi della normativa ordinaria. Nella specie, l'interesse costituzionalistico è potenzialmente accentuato dall'esigenza di valutare gli effetti che la proliferazione di modalità di tutela di interessi collettivi, diffusi, seriali, può provocare sulla conformazione e sul significato delle garanzie costituzionali in tema di giurisdizione³.

Ci si interroga in particolare sulle potenzialità evolutive delle prescrizioni sul diritto di difesa e sui diritti connessi al principio costituzionale del giusto processo, fino a porsi come mezzi di tutela non solo per i diritti individuali, ma anche per gli interessi sovraindividuali. La questione non è meramente speculativa, in quanto l'apertura alla dimensione collettiva della tutela processuale porta con sé il rischio di un conflitto con il diritto di difesa in giudizio nel suo originario nucleo individuale, quando non anche di un suo ridimensionamento.

¹ Si veda, per tutti, P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della “class action” ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, 11, 2224 ss. La difficile compatibilità tra il modello della *class action* nordamericana e il sistema giuridico italiano interessa differenti principi, tra i quali l'A. cita «il principio del contraddittorio e quello dispositivo, il principio della notifica per pubblici proclami, [...] la sottomissione del giudice alla legge e la sua ridotta discrezionalità nell'esercizio delle proprie funzioni rispetto al giudice di *common law*, il diritto alla difesa e l'integrità del contraddittorio quali principi di ordine pubblico e soprattutto l'estensione soggettiva del giudicato». ID., 2226.

² La circostanza che porta a interrogarsi sul rapporto che intercorre tra una o più disposizioni facenti parte di una branca dell'ordinamento legislativo e norme e principi costituzionali – per quanto grande possa essere il rilievo sia delle disposizioni legislative, sia del settore ordinamentale, sia, infine, del parametro costituzionale – può non essere sufficiente a giustificare un interesse squisitamente costituzionalistico. La lunghezza della Costituzione determina, proverbialmente, un'estensione massima del diritto costituzionale, al punto tale che risulta difficile rinvenire una sezione dell'ordinamento legislativo, già oggetto di studio di una disciplina specifica, che non trovi in maniera diretta o mediata il suo vertice assiologico in principi o norme costituzionali di vario genere; sicché è opportuno, sebbene non sempre facilissimo, discernere d'interesse costituzionalistico rispetto a situazioni in cui il coinvolgimento della Costituzione è prevalentemente funzionale a istanze di adeguamento sistematico per le quali le conoscenze e gli strumenti di altre discipline giuridiche si rivelano più adatti. Il discrimine è dato dalla circostanza che la Costituzione sia oggetto di studio e non soltanto parametro di valutazione della disciplina ordinaria. In ordine ai confini tra la scienza del diritto costituzionale, le altre branche della scienza giuridica e generale del diritto, cfr. M. GALIZIA, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Milano, 1954, 136 ss.

³ Non si tratta, infatti, solo di valutare la maggiore o minore coerenza sistematica di discipline di settore rispetto ai principi di riferimento – un'operazione nella quale oggetto di studio resta primariamente la legislazione stessa, sebbene riguardata alla luce del parametro costituzionale. Si tratta, soprattutto, di rivedere l'interpretazione di quei principi alla luce delle esigenze poste dalla legislazione: attività nella quale oggetto di studio finisce per essere la Costituzione, e non solo la legislazione. Certo, nella prospettiva del pluralismo ordinamentale che sempre più contraddistingue i nostri tempi – e non solo: basti qui rammentare la ben nota lezione di Santi Romano – il postulato dell'unità dell'ordinamento, che è premessa dell'interpretazione sistematica e, insieme, della primazia della Costituzione, viene in parte relativizzato. È di rilievo, in proposito, la marcata specializzazione funzionale e sezionale delle varie branche del diritto oggettivo, le cui strutture interne, per di più, sono sempre più intrecciate con norme e principi di origine extra e sovranazionale. È noto, per restare in tema, che la *class action* ha trovato all'inizio fortuna all'interno del Codice del consumo, cioè di un *corpus* disciplinare che rinviene il suo fondamento culturale, prima ancora che giuridico, nei principi e nella normativa di diritto eurounitario più che nelle prescrizioni della Costituzione repubblicana. Finora meno dibattuto, ma di grande attualità, è il fatto che le azioni collettive a tutela del consumatore sono state recentemente fatte oggetto di un'organica direttiva che dovrà essere recepita entro la fine del 2022 e di cui si parlerà più avanti. Si rinvia, per ovvi motivi, all'abbondante letteratura in tema di rapporti fra ordinamento nazionale ed eurounitario.

Le azioni collettive e, soprattutto, le azioni di classe danno infatti luogo a un complesso intreccio tra la tutela di interessi individuali e sovraindividuali. Un intreccio siffatto può trovare nelle categorie del diritto costituzionale e nella sua disciplina alcuni strumenti che possono servire a districarlo o, quantomeno, a comprenderlo. Ci si riferisce in particolare alla c.d. dimensione plurima dei diritti fondamentali: quella individuale da un lato e, dall'altro, quella istituzionale, ordinamentale, partecipativa⁴. Il tema della dimensione plurima dei diritti fa dunque da sfondo alle diverse opzioni interpretative ed evolutive dell'art. 24 Cost. e all'esigenza, fortemente avvertita, di una corretta collocazione delle istanze pluralistiche nella particolare cornice delle garanzie costituzionali di stampo giurisdizionale⁵.

2. La tutela giurisdizionale fra interesse individuale e collettivo.

È noto e risalente nella letteratura processualistica l'assunto per il quale la funzione giurisdizionale è vocata non solo alla difesa dei diritti soggettivi, ma anche alla riaffermazione nel caso concreto di norme e principi obbiettivati nell'ordinamento. L'interesse di stampo pubblicistico all'applicazione del diritto oggettivo convive con l'interesse sotteso alle situazioni sostanziali concretamente dedotte in giudizio, cosicché l'intreccio tra il primo e il secondo dà luogo a una fenomenologia variabile⁶.

⁴ Con varietà di intonazioni circa la dimensione metaindividuale, istituzionale, ordinamentale dei diritti, cfr. A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, 55 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 13 ss.; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA - P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Vol. I, Torino, 2006, 91 ss., 112 ss.; ID., *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997, 1 ss.; O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, 333 ss. Più di recente, per un'organica ricostruzione del dibattito dottrinale, anche a livello comparativo, A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2016, www.gruppodipisa.it. V. più ampiamente infra, § 5.1.

⁵ Per il resto, relativamente più agevole è giustificare un più generale interesse pubblicistico della materia, e ciò non solo per la *class action* di diritto amministrativo, ma anche per quella civilistica. I profili pubblicistici sembrano infatti mostrarsi, fra l'altro: 1) nella stessa misura in cui la *class action* è rivolta al perseguimento anche di un interesse metaindividuale – quindi secondo il criterio dell'interesse perseguito; 2) nella misura in cui la disciplina contempla deroghe di un certo rilievo al principio della libera disponibilità dei diritti di natura processuale, introducendo più meno ampi poteri d'ufficio del giudice, quando non anche una sua più generale potestà conformativa del processo e delle stesse posizioni sostanziali *sub iudice*. Il criterio dell'interesse perseguito è alla base della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato sin dall'epoca romana. Cfr. la famosa definizione di Ulpiano (D. 1.1.1.2. Ulp. *Institutiones l. 1*): «*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*». Altrettanto celebre la partizione di Papiniano in base al principio dispositivo, generalmente proprio del diritto privato e non del diritto pubblico (D. 2. 14. 38, Pap. *l. 9 responsorum*): «*ius publicum privatorum pactis derogari non potest*». Sul tema classico della distinzione tra le due grandi branche del diritto obbiettivo, si rinvia a S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 696 ss.

⁶ Fra i modelli che denotano una parziale propensione alla giurisdizione di diritto oggettivo si possono annoverare quello della giustizia amministrativa, che nasce con il compito di preservare la legalità e l'imparzialità dell'azione amministrativa; similmente è a dirsi per la giustizia costituzionale, nella misura in cui il controllo di costituzionalità è orientato alla garanzia della legalità costituzionale delle leggi. A tal proposito, circa le similitudini tra la nascita della giustizia amministrativa e quella della giustizia costituzionale come giurisdizioni di tipo obbiettivo, cfr. C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Milano, 1979, 1 ss., 71 ss., ora riedito da F. MODUGNO e M. RUOTOLO, Napoli, 2014. Sulla nascita della giustizia amministrativa come giurisdizione di tipo obbiettivo, v. F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 599 ss.; P. CALANDRA, *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, 1978, 163 ss.

È noto che l'idealtipo della giurisdizione oggettiva è quello dell'azione popolare, dove la legittimazione ad agire spetta al *quisque de populo* che si fa latore di un interesse squisitamente pubblicistico al rispetto della legge e dove, pertanto, la posizione giuridica sostanziale dell'agente non rileva ai fini dell'oggetto del giudizio; mentre il processo amministrativo, come si sa, trova nell'interesse legittimo – e, in alcuni casi, anche nel diritto soggettivo – il suo ancoraggio anche alla dimensione soggettiva delle giurisdizioni. Sull'azione popolare, v. A. LUGO, *Azione popolare (in generale)*, in *Enc. dir.*, vol. IV,

I modelli processuali dell'azione collettiva e dell'azione di classe complicano ulteriormente la già problematica dicotomia tra i profili soggettivi e oggettivi della funzione giurisdizionale. Sebbene in modo differente tra loro, sono infatti strumenti per la tutela di interessi che eccedono quelli del singolo, ma che, al contempo, nascono come parziali. Denotano, in particolare, una spiccata aderenza a principi e pratiche del pluralismo sociale, per i quali la presenza e l'azione di corpi sociali intermedi, più o meno organizzati, svolge la funzione di veicolare la garanzia di diritti e interessi particolari nel solco di più complessive dinamiche partecipative. In questa prospettiva, ciò dovrebbe contribuire idealmente a colmare lo iato che separa il piano del diritto obbiettivo, dell'interesse generale, delle istituzioni da un lato e, dall'altro, del diritto soggettivo, dell'interesse particolare, della società.

Secondo un nutrito filone dottrinale, in ambito pluralista i diritti soggettivi tendono così a comporsi fra loro in più ampie «istituzioni di libertà»⁷, quindi mostrano un'attitudine proiettiva che va oltre il profilo individuale. Specularmente, l'interesse pubblico, o generale, non appare più come predefinito in maniera univoca, bensì come la risultante di un processo osmotico cui concorrono gli interessi sociali parziali.

All'esercizio dei diritti in forma collettiva si affianca, altresì, una loro declinazione in senso partecipativo nella quale, a tratti, sembra dissolversi la loro originaria connotazione come “diritti di difesa”⁸. Sono noti, però, i rischi cui può dar luogo un simile “scoloramento” di situazioni soggettive ove assorbite per intero nella dimensione istituzionale e, per tale via, relativizzate da ponderazioni con beni di natura collettiva che le destituiscono della loro pregnante identità di pretese individuali contro e verso il potere⁹. Tale problematica si profila in maniera particolarmente sensibile con riferimento al diritto di azione e di difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost., espressamente definito inviolabile e ancorato, in maniera altrettanto esplicita e significativa, alla protezione di situazioni squisitamente individuali, come il diritto soggettivo e l'interesse legittimo¹⁰.

Considerazioni diverse vanno fatte, per introdurre un utile termine di paragone, per la partecipazione degli interessi al procedimento amministrativo. Qui, l'aspetto partecipativo nell'esercizio dell'attività amministrativa si sviluppa per definizione in un ambito delle funzioni statuali che è istituzionalmente dedicato alla ponderazione di interessi pubblici, privati, diffusi,

Milano, 1959. Nel processo civile il rilievo degli interessi privati dedotti comporta un maggior peso del profilo soggettivo rispetto ai modelli qui riportati. Ma le teorie obbiettive della giurisdizione, come noto, non hanno mancato di farsi autorevolmente valere anche in questo settore. Cfr. G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti* (1903), ora in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1993, 5 ss.; ID., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 63 ss. Per la concezione soggettiva della giurisdizione, cfr. in Italia F. CAMMEO, *Lezioni di procedura civile*, Padova, 1910, 9 ss.; F. CARNELUTTI, *Lite e funzione processuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, 1, 3 ss.

⁷ Espressione testualmente ripresa da A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 58.

⁸ Così fra gli altri P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 178 s.; ID., *Diritti di libertà e costituzionalismo*, cit., 10 ss.

⁹ È peraltro noto che, presso dottrina autorevole, le stesse libertà civili sono state ridefinite come un effetto degli assetti istituzionali, sociali e politici complessivi, e che tale riconsiderazione ne relativizza al massimo lo statuto giuridico di diritti individuali, fino al limite di negarlo. Cfr. G. AMATO, *Libertà (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 272 ss.

¹⁰ In tema, cfr. M. CAPPELLETTI – V. VIGORITI, *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 605 ss.; COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970; ID., *Art. 24*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. 3, *Rapporti civili*, art. 24-26, Bologna-Roma, 1981, 1 ss.; A. POLICE, *Art. 24*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, 503 ss.; E. FAZZALARI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, 402 ss.

collettivi. La difesa di diritti e interessi legittimi è senz'altro uno degli aspetti caratterizzanti il procedimento, ma non ne è il solo. Da tempo, infatti, la dottrina ha felicemente ascritto al contraddittorio procedimentale diversi caratteri funzionali. La funzione difensiva si integra, infatti, con finalità di partecipazione e di collaborazione¹¹. Questi ultimi due profili sono intimamente connessi l'uno con l'altro in quanto portano a prescindere, in parte, dalle istanze di garanzia di posizioni individuali sostanziali, che vengono trasfigurate in diritti di partecipazione al processo di definizione del pubblico interesse da parte dell'autorità amministrativa. Tutto ciò non contraddice la Costituzione e i suoi principi, atteso che la stella polare dell'azione amministrativa resta il perseguimento del pubblico interesse, sebbene i principi del pluralismo ne rendano complessa la stessa individuazione, che avviene in un quadro di garanzie procedurali e di ponderazioni sostanziali.

In una prospettiva siffatta, è proprio il sindacato giurisdizionale sull'esercizio della funzione amministrativa a correggerne le eventuali disfunzioni, non solo con riferimento alle istanze della legalità obbiettiva, ma soprattutto, per quel che concerne i nostri fini, a salvaguardia delle situazioni giuridiche soggettive. Queste, secondo la Costituzione, devono trovare nel diritto inviolabile di difesa e nel principio del giusto processo il loro baluardo invalicabile di garanzia.

Quando, invece, la struttura e la pregnanza individualistica dei diritti processuali fondamentali viene sottoposta a sollecitazioni all'interno del medesimo processo giurisdizionale, s'impone allora l'esigenza, rilevante per il diritto costituzionale e per il costituzionalismo in generale, di valutare la misura in cui il processo e il diritto di contraddittorio possano aprirsi alla dimensione collettiva e partecipativa. Operazione, questa, che non consiste solo nel predicare astratte potenzialità evolutive del dettato costituzionale, bensì anche nel vaglio della disciplina legislativa, per valutare se questa eventuale, sopravvenuta dimensione metaindividuale del processo e del contraddittorio non dia concretamente luogo, nelle singole fattispecie, a una compressione dei diritti individuali che vada oltre il limite del ragionevole¹².

¹¹ Per il rilievo della polifunzionalità del procedimento amministrativo, v. già S. CASSESE, *Il privato ed il procedimento amministrativo*, Modena, 1971, *passim*. Con intonazioni diverse circa le varie funzioni cui il c.d. giusto procedimento amministrativo può essere adibito, v. V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, 140 ss.; F. GIGLIONI, S. LARICCIA, *La partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, IV *Aggiornamento*, Milano, 2000, 971 ss.; M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, 1997, 35 ss.; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo – Parte generale*, Milano, 2000, t. II, 1048 ss., 1137 ss. Segnatamente sulla funzione democratica della partecipazione procedimentale, v. M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 229 ss.; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 792 ss.; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1436. Sul tema del giusto procedimento amministrativo e sulle analogie che lo legano, sotto il profilo teorico generale, al giusto processo giurisdizionale, v. naturalmente F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1950, 118 ss, 134 ss.; E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 819 ss.; G. SALA, *Giusto procedimento e giusto processo*, in *Amministrare*, 2018, 2, 285 ss. Più di recente, v. L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quad. cost.*, 2009, 2, 277 ss.; A. CARDONE, *Il procedimento amministrativo e i diritti di partecipazione*, in G. CAMPANELLI, N. GRASSO, M. CARDUCCI, V. TONDI DELLA MURA (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino, 2010, 17 ss.; M. C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001, 1830 ss.; G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, relazione al Convegno di Urbino, in *Foro amm. – TAR*, 2007, 2707 ss.; se si vuole, P. MEZZANOTTE, *Il tortuoso percorso del giusto procedimento come garanzia costituzionale dei diritti*, in *Percorsi costituzionali*, 2010, 101 ss.

¹² Ciò che giustifica, ove ce ne fosse ancora bisogno, l'interesse costituzionalistico per alcuni profili concreti della disciplina, sebbene con tutte l'accortezza di cui si è detto sopra.

La trattazione non potrebbe dirsi esauriente, sebbene con i limiti derivanti dal suo carattere introduttivo, senza qualche riferimento ai riflessi di queste dinamiche sulla conformazione della funzione giurisdizionale. Ci si riferisce ai necessari interrogativi circa i limiti entro i quali la giurisdizione, per come è istituzionalmente configurata nella Carta costituzionale, possa aprirsi a una simile dimensione della tutela processuale, con i connessi rischi di una sua politicizzazione¹³.

3. *Azioni collettive e azioni di classe.*

La dottrina tiene distinte le azioni collettive dalle azioni di classe¹⁴.

Le prime vantano un radicamento maggiore nel nostro ordinamento e nei sistemi continentali rispetto alle *class actions*, il cui modello è invece “importato” dall’esperienza statunitense. Anche per questo motivo, le prime forme di introduzione dell’azione di classe da parte del legislatore italiano risentivano ancora molto della tradizione dell’azione collettiva e, sebbene in misura minore, permangono alcune contaminazioni anche nella vigente normativa¹⁵. Per di più, la l. 12 aprile 2019, n. 31, all’art. 1, comma 1, nel ridisciplinare la materia in via generale, ha mantenuto alcune similitudini nel regime processuale¹⁶. In ogni caso, i tratti distintivi sono ancora importanti, tanto che la stessa novella legislativa distingue testualmente l’azione di classe dall’azione inibitoria collettiva¹⁷.

Esempio ormai classico di azione collettiva è quella promossa dalle associazioni sindacali ai sensi dell’art. 28 St. lav. per la repressione della condotta antisindacale del datore di lavoro¹⁸. Più recenti, ma certo non nuove, sono le azioni previste dal Codice del consumo, che le associazioni rappresentative dei consumatori possono intentare ai fini di inibire comportamenti scorretti delle imprese e lesivi dei diritti del consumatore¹⁹. Di una legittimazione meno piena hanno goduto, finora, le organizzazioni ambientaliste. Queste sono per lo più abilitate ad agire

¹³ Cfr. *infra*, § 7.

¹⁴ Per riferimenti generali alla tutela collettiva e alle sue diverse declinazioni, cfr. A. GIUSSANI, *Azione collettiva*, cit., *passim*; M. TARUFFO, *La tutela collettiva nell’ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 104 ss.

¹⁵ La più rilevante delle quali è il ruolo ancora importante giocato dagli enti esponenziali nell’azione di classe, affiancandosi a quello, ormai riconosciuto, dei singoli interessati. Cfr. Art. 840-bis, commi 1-2, c.p.c.

¹⁶ In particolare, l’art. 848-sexiesdecies, in tema di inibitoria collettiva, contiene espresso rinvio al procedimento che regola l’azione di classe, in quanto compatibile.

¹⁷ Cfr., per l’azione di classe, gli artt. artt. 840-bis ss. e, per l’azione inibitoria collettiva, l’art. 848-sexiesdecies, c.c., così come novellato dalla citata l. l. 12 aprile 2019, n. 31, art. 1, comma 1.

¹⁸ Cfr. l. legge 20 maggio 1970, n. 300, art. 28, che conferisce legittimazione agli organismi locali delle associazioni sindacali che ne abbiano interesse a chiedere al giudice di ordinare la cessazione del comportamento antisindacale del datore di lavoro e la rimozione degli effetti da esso prodotti. In tema, v. R. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977. Molto recentemente, torna a parlare dell’azione lavoristica, anche alla luce della nuova disciplina dell’azione collettiva, E. RAIMONDI, *Interesse collettivo, diritti individuali omogenei e la nuova azione di classe*, in *giustiziacivile.com*, n. 5/2020, 57 ss.

¹⁹ Cfr. Artt. 139 s. d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, più volte modificati e infine abrogati dalla citata l. n. 31/2019, che ha trasferito l’intera disciplina all’interno del già citato art. 848-sexiesdecies c.p.c. Da rimarcare che, secondo la normativa transitoria, le nuove disposizioni si applicano dal 19 maggio 2021.

“in via indiretta”, ossia a chiedere l'intervento delle competenti autorità governative e amministrative, che restano titolari del diritto di azione a tutela del bene protetto²⁰.

A seguito della riforma del 2019, che ha dedicato alla materia il nuovo Titolo VIII-bis Cod. proc. civ, denominato “Dei procedimenti collettivi”, le azioni collettive, al pari delle azioni di classe, si configurano come strumenti di tutela processuale a carattere generale, quindi non più confinati ai soli settori espressamente previsti dalla legge.

Tradizionalmente, l'azione collettiva riflette un'articolazione degli assetti pluralistici basata su meccanismi di rappresentanza di interessi. Questi sono a loro volta incentrati sulla presenza di enti associativi dotati di un'organizzazione stabile e statutariamente deputati alla cura di interessi diffusi o collettivi. La rappresentanza si incardina quindi, a livello sostanziale, in un ente giuridico separato dai singoli, preesistente al processo e portatore di interessi generali qualitativamente distinti dai diritti individuali, almeno in via tendenziale²¹.

Fino alla riforma del 2019, tale situazione di separatezza si rifletteva nell'imputazione al solo ente esponenziale, e non ai singoli, della legittimazione ad agire a tutela dell'interesse collettivo o diffuso²². Ciò contribuiva a rendere più immediatamente percepibile la distinzione tra interesse collettivo e diritti individuali. La riforma ha esteso la legittimazione ad agire a «chiunque abbia interesse alla pronuncia di una inibitoria di atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o utenti»²³, sebbene continuando a includevi anche gli enti esponenziali. In tal modo, riconoscendo anche al singolo la possibilità di agire a tutela di un interesse di cui non è il solo titolare, il legislatore ha avvicinato il modello processuale a quello delle *class actions*²⁴.

In ogni caso, un fondamentale tratto distintivo osta all'equiparazione fra le due figure.

L'azione collettiva si caratterizza infatti per essere finalizzata a ottenere provvedimenti a carattere inibitorio, mentre le eventuali pretese risarcitorie del singolo concretamente leso dal

²⁰ Cfr. art. 18 l. 8 luglio 1986, n. 349, che disciplina l'azione il potere di denuncia e di intervento nei giudizi di danno ambientale. L'azione diretta è prevista solo ai fini dell'annullamento degli atti amministrativi (comma 5). V. altresì artt. 309 s. del Codice dell'ambiente, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

²¹ Incisivamente, sul punto, A. BELLELLI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, Padova, 2009, 5. A livello processuale, l'ente collettivo agisce in giudizio in nome di un interesse proprio o dell'interesse diffuso della categoria rappresentata, non di quello dei singoli soggetti rappresentati. Cfr. A. GIUSSANI, *Azione collettiva*, in *Enc. dir., Annali*, vol. I, Milano, 2007, 139; G. COSTANTINO, *Legittimazione e profili processuali*, in A. BELLELLI (a cura di), *Dall'azione inibitoria*, cit., 18 ss. Così come per altri rapporti di stampo rappresentativo, ben noti alla letteratura giuspubblicistica, uno dei nodi cruciali consiste nella verifica della reale rappresentatività del soggetto collettivo, nonché della sua idoneità a farsi carico della promozione di determinati interessi alla luce dell'oggetto statutario, della stabilità organizzativa e della continuità nel tempo della sua attività. Tale verifica è evidentemente necessaria laddove, come nel caso in esame, l'ordinamento attribuisca loro il potere di provocare l'intervento dell'autorità giudiziaria a tutela di quegli interessi. Il rischio di un eccessivo distacco del rappresentante dal rappresentato è infatti una delle note dolenti su cui la letteratura si è ampiamente soffermata. Cfr., con riferimento alla rappresentanza politica e alla rappresentatività dei partiti, F. LANCHESTER, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, 2006, 164 ss.; P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011, 12 ss. Nella disciplina in vigore, che sul punto accomuna le azioni collettive alle azioni di classe, la verifica dell'idoneità rappresentativa dell'associazione è effettuata previamente, al momento dell'iscrizione nel pubblico registro istituito presso il Ministero di giustizia. Cfr. Art. 840-bis, comma 2, c.p.c., richiamato, per l'azione inibitoria collettiva, dall'art. 840-sexiesdecies, comma 1. I controlli amministrativi sono previsti dall'art. 196-ter Disp. att. La questione dell'idoneità rappresentativa è particolarmente avvertita proprio nel sistema della *class action* americana, laddove i più ampi poteri di verifica sono affidati al giudice stesso. Cfr. G. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati*, Milano, 2005, 175 ss.

²² Cfr. art. 139 s. d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206. Ora, invece, v. art. 848-sexiesdecies c.p.c.

²³ Art. 840-sexiesdecies, comma 1, c.p.c.

²⁴ Tale circostanza è resa ancora più evidente dal fatto che il comma 4 del medesimo art. 840-sexiesdecies c.p.c. fa rinvio alla disciplina processuale delle azioni di classe, in quanto compatibile.

comportamento illecito dovranno essere avanzate in separata sede²⁵. La *class action*, viceversa, risponde all'esigenza di far valere in forma collettiva «diritti individuali omogenei»²⁶. È conosciuta come strumento per promuovere pretese risarcitorie soggettivamente distinte l'una dall'altra, le quali sono però accomunate per la loro serialità. Esse originano, infatti, da un'unica condotta lesiva da parte di imprese o gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, che impattano in maniera analoga sulla sfera giuridica dei soggetti che compongono la platea degli utenti. Trattasi, perciò, della sommatoria di una serie di diritti individuali al risarcimento del danno, che vengono però unificati e tutelati all'interno di un medesimo procedimento collettivo.

Nell'azione di classe, pertanto, l'intreccio tra il versante individuale e quello collettivo della tutela giurisdizionale appare più intricato di quanto non avvenga nelle azioni collettive. Infatti la tutela inibitoria, che porta al divieto di reiterare una certa condotta, è un rimedio esercitabile a beneficio di qualunque interessato. Al contrario, il diritto al risarcimento si caratterizza per un livello di soggettivazione evidentemente superiore, per essere imputato al singolo in ragione dei danni effettivamente subiti²⁷.

Molteplici sono le motivazioni sottese alla *class action* e al suo recepimento nell'ordinamento giuridico nazionale. Esemplificativamente, spiccano tra queste:

- un'esigenza di economia processuale nella trattazione simultanea di una pluralità di domande che originano da un medesimo comportamento lesivo;
- l'opportunità di evitare che la trattazione separata delle cause porti a giudicati contrastanti, situazione particolarmente irrazionale ove si pensi all'omogeneità delle pretese;
- soprattutto, l'opportunità di apprestare una tutela giurisdizionale effettiva di diritti che non troverebbero adeguata garanzia attraverso gli ordinari mezzi processuali.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale gioca qui un ruolo importante per due ordini di motivi. In primo luogo, la tutela collettiva serve a porre rimedio allo squilibrio di forze in campo tra la grande impresa o l'ente gestore di servizio pubblico e il singolo consumatore. In secondo luogo, essa è finalizzata a ovviare al disincentivo economico all'azione giudiziaria, derivante dall'eventualità, invero frequente, che le singole pretese risarcitorie siano di modesta o moderata entità a fronte degli alti costi della giustizia²⁸.

Tuttavia, la *ratio* dell'azione di classe è anche quella di realizzare finalità di ordine generale, ossia fornire un efficace strumento processuale per il controllo e la repressione di condotte illecite da parte dei grandi operatori economici. È pertanto sottesa al congegno processuale una squisita funzione istituzionale di salvaguardia del diritto obbiettivo, per il cui espletamento l'ordinamento si avvale dell'iniziativa dei singoli e del loro interesse al conseguimento della tutela risarcitoria. A tal fine, ciò che più conta a livello ordinamentale non è certo l'entità del singolo risarcimento, bensì la circostanza che, attraverso l'azione di classe, le

²⁵ Cfr. A. GIUSSANI, *Azione collettiva*, cit., *ibidem*.

²⁶ Art. 840-bis, comma 1, c.p.c.

²⁷ Sulla fondamentale distinzione tra tutela inibitoria e tutela risarcitoria al fine di identificare il livello di interesse protetto e il diverso grado di coinvolgimento dell'interesse del singolo nelle due differenti fattispecie, v. COSTANTINO, *Legittimazione e profili processuali*, cit., 19 ss.

²⁸ Cfr. fra gli altri A. GIUSSANI, *Azione collettiva*, cit., 8.

domande individuali si cumulano per dar vita a un contenzioso avente come oggetto somme potenzialmente rilevanti, anche se rapportate alla forza economica del soggetto convenuto. L'azione di classe palesa così una funzione di deterrenza generale. La potenziale soggezione a un contenzioso di classe può infatti indurre i macro-operatori economici al rispetto delle regole che presiedono alla loro attività²⁹.

Infine, vi è un ulteriore aspetto di notevole rilievo.

L'azione di classe prescinde dalla preesistenza di un gruppo sociale organizzato che sia già deputato a farsi carico dell'interesse collettivo o diffuso. Per vero, come visto poco sopra, nella nuova disciplina anche l'inibitoria collettiva si emancipa ora da tale presupposto, in questo avvicinandosi al regime della prima.

In ogni caso, l'opzione legislativa di attribuire al singolo soggetto danneggiato – e non solo all'ente collettivo – la legittimazione a instaurare la *class action* trova motivazione in un dato di ordine materiale: è problematico predicare l'esistenza di una “classe” in quanto gruppo sociale organizzato, se non in funzione del processo³⁰. Prima e al di fuori del processo esiste spesso solo una moltitudine non aggregata di individui danneggiati dal comportamento di un grande soggetto economico. È il processo, invero, il luogo in cui le pretese individuali si compongono in un'azione collettiva e nel quale prende forma un gruppo sociale distinto, che, almeno ai fini processuali, sembra dotato di qualificazione giuridica, se non, addirittura, di propria soggettività³¹.

Riassumendo, i presupposti originari dell'inibitoria collettiva sottendono una realtà sociale e giuridica conforme ai postulati del pluralismo organizzato e a modelli più o meno collaudati di risoluzione e semplificazione del conflitto, che si avvalgono di rapporti di rappresentanza incardinati in soggetti “istituzionali”. Diversamente, il modello dell'azione di classe è funzionale all'esigenza di provocare una capacità di aggregazione laddove essa in principio è più carente. È funzionale, cioè, a favorire la tutela collettiva nella società di massa con particolare riferimento alle circostanze, rilevate con frequenza sempre maggiore, in cui gli interessi sociali sono sì presenti, ma poco intensi e troppo disseminati per poter attingere un livello di organizzazione e di risorse sufficiente a colmare lo squilibrio di forze rispetto ai grandi apparati economico-produttivi³².

²⁹ Cfr. C. CONSOLO – B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. Lineamenti processuali*, Padova, 2012, 11 ss.; G. COSTANTINO, *Legittimazione e profili processuali*, cit., 22 ss.

³⁰ Molto incisiva, in proposito, l'espressione di M. DONA, *Il ruolo delle associazioni dei consumatori*, in A. BELLELLI (a cura di), *Op. cit.*, 28, ossia «l'oggettiva considerazione che i consumatori non sono una categoria sociale (la nozione individua non soggetti, ma comportamenti, perché “ciascuno di noi è consumatore): questi fattori rendono complicato fare reale mobilitazione, come conferma il fallimento di alcune iniziative atte a sollecitare il pubblico dei consumatori», come ad es. gli scioperi della spesa.

³¹ Cfr. M. SPANÒ, *Azioni collettive. Soggettivazione, governamentalità, neoliberalismo*, Napoli, 2013, il quale definisce la *class action* come «una tecnica di soggettivazione giuridica» (143).

³² Così A. GIUSSANI, *Op. cit.*, *ibidem*: «la capacità dei gruppi di coordinarsi per il conseguimento di un bene comune incontra limiti strutturali: soltanto gruppi molto ridotti o molto coesi socialmente riescono a organizzarsi spontaneamente in modo che ciascuno dia il suo contributo al perseguimento dell'obiettivo». In ordine a problematiche siffatte, è qui d'obbligo il rinvio al classico di M. OLSON, *The logic of collective action*, Cambridge, Massachusetts, 1971, trad. it. *Logica dell'azione collettiva*, Milano, 1981, *passim*. In tema, cfr. anche G. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati*, cit., 176. Riflessioni sull'azione di classe come strumento procedurale adatto alla postmodernità, in quanto istituzionalmente idoneo alla aggregazione di formazioni soggettive disperse, provengono anche dalla riflessione giusfilosofica. Cfr. M. SPANÒ, *Azioni collettive*, cit., 14 ss. Per un tentativo di inquadramento degli interessi individuali omogenei ma atomizzati, tipici dei rapporti di consumo su larga

È a tal proposito che emerge un ruolo conformativo e quasi demiurgico degli istituti processuali e del giudice, chiamato, come anche si vedrà a breve, a un'attività di vera e propria delimitazione delle pretese soggettive azionabili e, contestualmente, di definizione del perimetro della classe come soggetto collettivo, nonché dei requisiti per appartenervi³³.

4. I modelli di class action in sintesi: la legislazione nazionale e la Direttiva sulle azioni rappresentative.

4.1. La class action di diritto privato e la sua evoluzione.

L'introduzione di una prima forma di regime processuale per la tutela collettiva di pretese risarcitorie dei singoli avviene nella Finanziaria 2008, che disciplina il nuovo art. 140-bis del Codice del consumo³⁴. Con il nuovo articolo non era introdotta un'azione di classe, bensì un'azione risarcitoria collettiva. Centrale, infatti, restava il ruolo delle associazioni rappresentative dei consumatori, le uniche legittimate a introdurre l'azione. Questa era finalizzata al solo accertamento in via generale del diritto al risarcimento del danno subito da una pluralità di consumatori o di utenti. Costoro, entro termini stabiliti, avevano innanzitutto l'onere di aderire per iscritto all'azione collettiva. Inoltre, in caso di accoglimento della domanda di accertamento, gli aderenti avrebbero dovuto agire per i singoli crediti in separata sede, salvo potersi avvalere del procedimento di conciliazione appositamente disciplinato.

In questo stadio "primordiale" della tutela risarcitoria collettiva, il legislatore aveva evidentemente inteso mantenere il diaframma che la separa dalla tutela individuale. Il procedimento dava infatti luogo a un'azione di accertamento dell'illiceità della condotta dell'impresa e della fondatezza delle pretese risarcitorie, le quali, però, avrebbero dovuto essere fatte valere individualmente in un procedimento diverso e separato.

Di fatto questa normativa non ha mai spiegato i suoi effetti, essendo stata presto modificata per passaggi successivi, che hanno trovato un primo e importante momento di stabilizzazione dopo la l. 24 marzo 2012, n. 27³⁵.

Il "nuovo" art. 140-bis, ora abrogato anch'esso, era significativamente rubricato «Azione di classe» e conteneva fondamentali innovazioni.

La legittimazione all'azione si sgancia, ora, dalla necessità dell'intervento dell'ente esponenziale per essere attribuita a ciascun componente della classe. Questa è unificata non da

scala e di altri, simili rapporti di massa, non ascrivibili alla categoria degli interessi diffusi e collettivi, v. l'interessante ricostruzione dogmatica di A. DONATI, *Diritto soggettivo e azione collettiva*, in A. BELLELLI, *Op. cit.*, 43 ss., in partic. 51 ss.; ID., *Azione collettiva e diritto soggettivo collettivo*, in *Contratto e impresa*, 2010, 927 ss.

³³ Su tale attitudine conformativa del processo giurisdizionale nei confronti della realtà sociale, v. M. SPANÒ, *Azioni collettive*, cit., 38 ss.

³⁴ L. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 2, comma 446.

³⁵ Per riferimenti alla normativa del 2007, v. A. BELLELLI, (a cura di), *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, cit.; A. BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit.; C. CONSOLO-M. BONA-P. BUZZELLI (a cura di), *Obiettivo class action. L'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008; A. GIUSSANI, *Azione collettiva*, in *Enc. dir.*, cit.; G. GITTI – A. GIUSSANI (a cura di), *La conciliazione collettiva*, Milano, 2009. Prima della riforma del 2012, l'art. 140-bis era stato modificato dalla l. 23 luglio 2009, n. 99, art. 49.

un astratto interesse diffuso o collettivo, bensì da «diritti individuali omogenei» a una pluralità di consumatori o utenti in relazione a pratiche o comportamenti illeciti da parte dell'impresa³⁶.

Sulla falsariga del modello statunitense, momento cruciale dell'intera procedura è rappresentato dall'ordinanza che determina l'ammissibilità della domanda. È in questo provvedimento che trovano esplicitazione i più salienti poteri conformativi del giudice.

Il vaglio di ammissibilità ha infatti per oggetto, innanzitutto, la circostanza che la domanda giudiziale sia volta alla tutela di diritti individuali che presentino un grado di omogeneità sufficiente per esser tutelati con l'azione di classe. In caso di risposta affermativa, il giudice ha il compito di definire i caratteri dei diritti individuali omogenei tutelabili, in base ai quali vengono altresì individuati i soggetti appartenenti e quelli esclusi dalla classe. Questa, di conseguenza, prende forma giuridica come entità collettiva a seguito dell'ordinanza di ammissibilità³⁷.

Il controllo di ammissibilità svolge altre funzioni espressamente contemplate dalla legge, le quali delineano un ruolo tutorio del giudice nei confronti delle parti processuali e degli altri soggetti che intervengono nel processo.

Da un lato, infatti, il giudice vigila sulla corretta instaurazione dei rapporti di rappresentanza in seno al soggetto collettivo che si va formando nel processo. Egli non ammette l'azione nei casi in cui il proponente versi in conflitto di interessi ovvero non appaia in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe. Dall'altro, la funzione tutoria è giocata anche a favore dell'impresa convenuta, dal momento che l'azione è dichiarata inammissibile se manifestamente infondata. Questo ulteriore motivo di inammissibilità è volto scoraggiare iniziative che, servendosi della forza d'urto dell'azione collettiva, siano mirate unicamente a colpire una determinata impresa, ad es. con il discredito, anche a livello concorrenziale, derivante dall'essere sottoposta a un procedimento di questo tipo, con l'ulteriore eventuale utilizzo di tale minaccia per finalità "estorsive"³⁸.

Poteri gestori di consistente portata attengono poi alla concreta determinazione della procedura. Questa infatti, per motivi di celere ed efficace gestione del processo, è espressamente rimessa alla discrezionalità regolativa del giudice, ivi compreso il regime di istruzione probatoria, che esclude espressamente ogni formalità non essenziale al contraddittorio³⁹.

Infine, la parte forse più delicata concerne i limiti in cui la tutela collettiva è suscettibile di incidere sui diritti dei singoli, con chiare ripercussioni sul diritto di difesa e di contraddittorio di questi ultimi e sull'estensione soggettiva degli effetti del giudicato dell'azione di classe. In tema, la scelta del legislatore è notoriamente ricaduta sul meccanismo dell'*opt-in*. In questo regime, il soggetto appartenente alla classe non potrà avvalersi – in un senso o nell'altro – degli effetti della pronuncia giudiziale nel merito se non aderisca espressamente alla procedura entro i

³⁶ Art. 140-bis, comma 1, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (*Codice del consumo*).

³⁷ Art. 140-bis, commi 6 ss. V. ora art. 840-ter, comma 2, e art. 840-sexies, comma 1, c.p.c.

³⁸ Art. 140-bis, comma 6; ora, più dettagliatamente, v. art. 840-ter, comma 2, e 840-sexies, comma 1, c.p.c.

³⁹ Art. 140-bis, comma 11; ora art. 840-quinquies, c. 3. Tuttavia, l'art. 840-ter, comma 3, vincola maggiormente i poteri di gestione del processo facendo riferimento alla disciplina del rito sommario.

termini stabiliti dall'ordinanza⁴⁰. La tecnica dell'*opt-in* preserva l'autonomia individuale del soggetto a discapito dei benefici di efficacia e di efficienza della tutela giurisdizionale cui la *class action* è astrattamente finalizzata. La scelta del legislatore per il regime dell'*opt-in*, confermata anche dalla successiva riforma, segna una differenza di rilievo rispetto al modello statunitense. In quest'ultimo è infatti contemplato l'*opt-out*, ossia il diritto del singolo membro della classe di sottrarsi agli effetti della procedura, i quali, in assenza di espresse indicazioni contrarie, coinvolgeranno la classe nell'interezza della compagine soggettiva⁴¹.

Rispetto al regime precedente, la riforma del 2019⁴² ha introdotto significative modifiche, articolando gli istituti dell'azione di classe in una disciplina più organica e dettagliata. Si segnalano qui i tratti di maggiore distinzione ai fini della trattazione presente, rinviando alla letteratura processualistica per esigenze di maggiore specificità⁴³.

La disciplina dell'intero procedimento è stata innanzitutto trasfusa nell'apposito Titolo VIII-bis c.p.c., a sottolineare la trasformazione della *class action* in un modello processuale a carattere generale, non più confinato entro il Codice del consumo. Coerentemente, i diritti individuali omogenei non sono più riferiti solo a utenti e consumatori, bensì a chiunque si veda danneggiato da comportamenti di imprese e di enti gestori di servizi. In concreto, ciò sembra poter avere importanti risvolti per l'estensione della *class action* alla materia ambientale. Sempre sul piano della legittimazione ad agire, rimane ferma quella dei singoli membri della classe, ma ricompare quella degli enti esponenziali⁴⁴.

Il giudice continua a godere di ampi poteri di gestione del processo, che in alcuni aspetti vengono accresciuti e specificati da alcune previsioni in tema di istruzione probatoria⁴⁵. Peraltro, il rinvio fatto dal legislatore alla disciplina del processo sommario di cognizione

⁴⁰ Art. 140-bis, commi 3 e 9, Cod. cons. La disciplina dell'adesione, come si vedrà a breve, è stata profondamente modificata, essendo ora previste due fasi all'interno delle quali è possibile esperire l'adesione: v. artt. 840-quinquies, comma 1, e 840-sexies, comma 1, lett. e), c.p.c.

⁴¹ Per riferimenti alla disciplina del 2012, v. P. COMOGLIO, *L'azione di classe italiana: valutazioni di efficienza*, in *Dir. pub. com. eur.*, 2012, n. 3, 1114 ss.; C. CONSOLO – B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. Lineamenti processuali*, cit., *passim*; C. D'ORTA, *La Class action tra proclami e deterrence: uno studio di diritto interno e comparato*, Torino, 2014, 137 ss. Per una dettagliata ricostruzione della disciplina consumeristica, v. anche, più recentemente, S. BRAZZINI-P. MUIÀ, *La nuova class action alla luce della legge 12 aprile 2019, n. 31*, Torino, 2019, 1 ss.; A. DIANA, *Azione di classe e inibitoria collettiva. La nuova disciplina*, Padova, 2020, 13 ss.

⁴² L. 12 aprile 2019, n. 31, i cui effetti decorrono dal 19 maggio 2021.

⁴³ Per una disamina della nuova disciplina, v. M. ASTONE, *Azione di classe e tutela del consumatore: dall'art. 140-bis cod. cons. all'art. 840-bis c.p.c.*, in *Persona e mercato*, n. 1/2021, 110 ss., specie con riguardo ai nuovi limiti oggettivi e soggettivi dell'azione; C. CONSOLO, *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra in vigore nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad un'ampissima disciplina*, in *Cor. giur.*, 6/2019, 737 ss.; C. CONSOLO, *L'azione di classe di terza generazione*, in V. BARSOTTI et al. (a cura di), *L'azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020, 19 ss.; ID., *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.* in *Riv. dir. proc.*, n. 2/2020, 714 ss.; S. BRAZZINI-P. MUIÀ, *La nuova class action alla luce della legge 12 aprile 2019, n. 31*, Torino, 2019, 63 ss.; D. DALFINO, *Azione di classe e azione collettiva inibitoria: nuovo testo (art. 840-bis ss. c.p.c.) e nuove (ma non solo) questioni*, in *Foro it.*, n. 9/2019, 312 ss.; A. DIANA, *Azione di classe e inibitoria collettiva. La nuova disciplina*, Padova, 2020, 199 ss.; M. FRANZONI, *Azione di classe, profili sostanziali*, in *Danno e responsabilità*, n. 3/2019, 309 ss.; G. GERARDO, *La disciplina dell'azione di classe italiana ex lege n. 31 del 2019 e comparazione tra la disciplina della class action nel diritto statunitense e l'azione di classe italiana*, in *Rass. Am. gen. St.*, n. 1/2020, 170 ss.; B. MANFREDONIA, *La nuova legge sulle azioni di classe: un passo avanti per la tutela collettiva?*, in *Rass. dir. civ.*, n. 4/2020, 1565 ss.; P. MONATERI, *La riforma italiana della class action tra norme speciali e ricostruzione della tutela civilistica*, in *Danno e responsabilità*, n. 3/2019, 312 ss.; R. PARDOLESI, *La classe in azione. Finalmente, ibidem*, 301 ss.; G. PONZANELLI, *La nuova class action, ibidem*, 306 ss.; F. TEDIOLI, *Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice di procedura civile*, in *Studium iuris*, n. 12/2019, 1413 ss.

⁴⁴ Art. 840-bis, comma 1, c.p.c. Precedentemente, associazioni e comitati avevano perso legittimazione *ex lege*, potendo agire solo dietro mandato degli interessati.

⁴⁵ Art. 840-quinquies, commi 3-8.

sembra indirizzato a fornire una base normativa più certa e vincolante per l'esercizio di tali poteri⁴⁶.

La potestà di conformare e definire i caratteri dei diritti individuali omogenei che danno titolo per l'appartenenza alla classe è ora disciplinata in maniera più articolata. Tale operazione, infatti, è posta in essere dal giudice all'atto dell'ordinanza di ammissibilità⁴⁷ ed è reiterata, sulla base degli accertamenti intercorsi e di un *iter* cognitivo più completo, all'atto della sentenza⁴⁸. Lo sdoppiamento dell'attività si spiega, fra l'altro, con il fatto che la definizione dei diritti omogenei è funzionale alla successiva adesione dei soggetti in tal modo legittimati.

Infatti, elemento di estremo rilievo dell'intera disciplina consiste ora nel fatto che l'adesione all'azione di classe – ossia *l'opt-in* – può essere esercitata in due diverse “finestre temporali”, ossia dopo l'ordinanza di ammissibilità e anche a seguito della sentenza⁴⁹. In quest'ultimo caso, appare evidente l'intento di favorire la massima adesione all'azione, anche garantendo a chi aderisce la sicurezza di poter contare già su una pronuncia di accoglimento dell'azione di classe e di una definizione certa dei caratteri dei diritti omogenei. Dubbi, tuttavia, possono sorgere in relazione all'integrità della tutela del diritto di difesa del convenuto. Questi non è messo in grado di conoscere sin dall'inizio, ma solo dopo la sentenza, l'effettiva composizione della classe e il numero degli aderenti; e neppure, di conseguenza, il valore complessivo della causa, che è dato dalla somma delle singole pretese. La delicatezza di questi aspetti è in parte mitigata dall'instaurazione di un contraddittorio successivo alla sentenza e avente a oggetto i diritti dei singoli aderenti⁵⁰. Sul punto si tornerà in seguito⁵¹.

4.2. *La c.d. class action di diritto pubblico.*

Questo strumento processuale differisce sotto molteplici aspetti dall'azione di classe di cui al Titolo VIII-bis c.p.c. Si inserisce nel più complessivo ambito di riforme tese ad ammodernare le amministrazioni pubbliche nel senso dell'efficienza, dell'efficacia e della trasparenza e a conformarne l'organizzazione e il funzionamento secondo i principi della c.d. amministrazione di risultato.

Conformemente a tali presupposti, questo tipo di azione collettiva è più marcatamente orientato verso la realizzazione di interessi pubblici e generali di quanto non lo sia l'azione di classe civilistica, che pure, come visto, non è priva di questa funzione. La sua *ratio* sembra infatti essere anzitutto quella di introdurre, tramite il giudice amministrativo, un controllo “esterno” degli utenti sul buon andamento dei pubblici servizi e di altri aspetti dell'attività

⁴⁶ Art. 840-ter, comma 3.

⁴⁷ V. art. 840-quinquies, comma 1.

⁴⁸ Art. 840-sexies, comma 1, in partic. lett. c).

⁴⁹ Per l'adesione dopo l'ordinanza, v. art. 840-sexies, comma 1, cit. Per l'adesione dopo la sentenza, v. art. 840-sexies, comma 1, lett. e).

⁵⁰ V. infatti art. 840-octies, comma 1, che contempla il diritto del resistente di depositare memoria per prendere posizione sui fatti posti dagli aderenti a fondamento della domanda.

⁵¹ Circa i dubbi di legittimità costituzionale di detta previsione, v. *infra*, § 6.

amministrativa⁵². Tali forme di controllo sono tese a integrare, per via giurisdizionale, i vecchi e nuovi strumenti politico-amministrativi ordinariamente deputati alla regolazione, vigilanza, monitoraggio dei pubblici servizi e dell'attività amministrativa. L'azione è prevista infatti «[a] fine di ripristinare il corretto svolgimento delle funzione o la corretta erogazione di un servizio»⁵³.

Non si tratta, però, di un'azione popolare, esempio paradigmatico, quest'ultima, di giurisdizione puramente obiettiva in cui l'iniziativa dell'attore è sganciata da qualsivoglia interesse individuale. Sono infatti legittimati ad agire «i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei che abbiano subito una lesione diretta, concreta e attuale dei propri interessi» a seguito di violazioni di obblighi connessi all'erogazione dei servizi, ovvero della mancata emanazione entro i termini di atti amministrativi generali obbligatori⁵⁴.

Sussiste dunque un profilo soggettivo della tutela giurisdizionale, anche se è più sfumato rispetto alla *class action* di diritto privato. Il legislatore, infatti, non si riferisce a diritti, bensì a «interessi» di consistenza non meglio specificata. La giurisprudenza, dando ragione a una parte della dottrina, ha sostenuto trattarsi di interessi diffusi, e non di diritti o interessi legittimi⁵⁵. Peraltro, la natura diffusa o collettiva dell'interesse dedotto in giudizio si palesa in maniera più evidente allorché il ricorso, come previsto dalla legge, sia proposto dagli enti esponenziali⁵⁶.

In ogni caso, volendo prescindere da ogni astratta questione dogmatica, anche in questo caso il grado di soggettivazione dell'interesse tutelato è connesso ai tipi di domande esperibili secondo le previsioni di legge. Sul punto, l'azione può essere promossa al solo fine del ripristino del corretto funzionamento del servizio, quindi per ottenere una pronuncia che va a beneficio di tutti gli utenti e non solo di attori e aderenti al processo⁵⁷. Il rimedio risarcitorio, invece, è espressamente precluso dal legislatore e demandato all'eventuale instaurazione di un'apposita *class action* di diritto civile⁵⁸.

⁵² In tal senso, *ex plurimis*, V. GASTALDO, *La class action amministrativa: uno strumento attualmente poco efficace*, in *Federalismi.it*, n. 10/2016, 4 s.

⁵³ D.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, art. 1, comma 1.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Vedasi, fra tutti, Cons. Stato, parere del 9 giugno 2009, n. 1943. In ogni caso, come rilevato in dottrina, non si tratta di una giurisdizione di tipo obbiettivo: «sembrerebbe più corretto ipotizzare che, là dove il decreto m. 198 richiede “una lesione diretta, concreta ed attuale” degli interessi di utenti e consumatori, non si sia introdotta, come prospettato da alcuni, una sorta di giurisdizione di tipo oggettivo contraria all’impianto costituzionale, ma piuttosto una giurisdizione che guarda alla meritevolezza degli interessi da tutelare indipendentemente da una loro preventiva e formale qualificazione». Così G. RECINTO, *Efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici e ruolo della class action pubblica*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 1051. Altra parte della dottrina interpreta la normativa nel senso che i singoli legittimati all'azione sarebbero portatori di veri e propri interessi legittimi, ossia di situazioni giuridiche individuali più definite. Cfr. V. GASTALDO, *La class action amministrativa*, cit., 22. Specificamente sulla natura dell'interesse dedotto in giudizio, v. D. ZONNO, *Class action pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso?*, in *Giur. di merito*, n. 10/2010, 2362 ss. Attorno alle incertezze sulla ricostruzione della posizione giuridica sostanziale dei singoli legittimati, v. anche O. POLLICINO – R. GRAZZI, *La c.d. class action pubblica in Italia: un primo bilancio alla luce degli esordi giurisprudenziali*, in *Dir. pub. com. eur.*, 1212 ss. Per un'ampia trattazione del tema, si rinvia a G. SORICELLI, *Contributo allo studio della class action nel sistema amministrativo italiano*, Milano, 2012; G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2012. Più di recente, v. A. POLICE, *La “class action” pubblica. L'interesse individuale e collettivo alla buona amministrazione e la sua giustiziabilità*, in *Amministrativamente*, n. 3/2021, 380 ss.

⁵⁶ Art. 1, comma 4.

⁵⁷ L'art. 4, comma 1, dispone peraltro che il giudice, nell'accogliere la domanda, ordina all'amministrazione o al concessionario di porre rimedio alla violazione.

⁵⁸ L'esclusione della domanda risarcitoria è sancita dall'art. 1, comma 6.

In coerenza con detti caratteri, non è previsto alcun controllo sull'ammissibilità della domanda. Infatti, la modesta portata soggettiva della procedura, derivante dalla preclusione di domane risarcitorie, rende meno urgente il compito del giudice di delineare con nettezza i confini delle situazioni tutelabili con l'azione.

Come rilevato in dottrina, la *class action* di diritto pubblico non ha avuto grande fortuna finora. La circostanza che non costituisca strumento per la proposizione di domande risarcitorie la rende poco appetibile agli occhi degli utenti individuali, con la conseguenza che la sua ispirazione di fondo è più prossima a quella sottesa all'azione collettiva, di cui sopra, che non al modello della *class action* propriamente detta, sebbene con gli elementi di novità che le derivano dall'esser tesa a fornire un nuovo controllo giurisdizionale sul buon andamento dell'attività amministrativa. Per gli stessi motivi, si attenua di molto lo stesso carattere di deterrenza generale che, nella disciplina della *class action* privatistica, è connesso con la previsione della tutela risarcitoria⁵⁹.

4.3. La Direttiva europea sulle azioni rappresentative.

Con la Direttiva 2020/1828 del 25 novembre 2020, l'Unione Europea ha disciplinato organicamente le «azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori», introducendo la tutela risarcitoria e riformando la precedente normativa in tema di tutela inibitoria. La Direttiva non è stata ancora attuata e dovrà esserlo entro il 25 dicembre 2022.

Come si può evincere dai *Considerando* e dallo stesso articolato, le finalità sottese alla nuova disciplina sono molteplici. Così come per la legislazione nazionale di cui al Titolo VIII-bis Cod. proc. civ., l'azione rappresentativa a carattere risarcitorio pare destinata sia alla tutela collettiva dei diritti, sia a una più generale promozione di istanze di carattere obiettivo e ordinamentale. Le motivazioni e gli obiettivi, nei *Considerando* come nel corpo dispositivo, emergono in maniera più esplicita rispetto a quanto non accada per la legislazione nazionale. In particolare, la proiezione ordinamentale delle azioni rappresentative è oggetto di specifica considerazione e, almeno in alcune statuizioni di principio, può dirsi non secondaria. Ciò non deve destare sorpresa, attesa l'impronta funzionale che attiene alla genesi stessa dell'ordinamento sovranazionale europeo e che continua a ispirarne vasti settori disciplinari, al netto dei temperamenti intervenuti con la progressiva acquisizione dei diritti fondamentali al patrimonio dei principi generali dell'Unione⁶⁰.

Sono compresi tra gli obiettivi della nuova legislazione il conseguimento di un livello elevato di tutela del consumatore e il miglioramento dell'accesso alla giustizia. Tuttavia, emerge anche un nesso di strumentalità tra tali obiettivi e il conseguimento delle finalità ultime, ossia il corretto funzionamento del mercato interno e della concorrenza tra imprese e professionisti⁶¹.

⁵⁹ Cfr. V. GASTALDO, *Op. cit.*, 34 ss.

⁶⁰ In ordine a tale tortuoso ma affascinante percorso, v. ampiamente P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 139 ss., 163 ss., 199 ss., anche per i riferimenti bibliografici ivi contenuti.

⁶¹ V. Cfr. *Considerando*, n. 2: «L'assenza di strumenti efficaci per l'applicazione della normativa dell'Unione a tutela dei consumatori potrebbe inoltre comportare distorsioni della concorrenza leale tra professionisti che commettono violazioni e

Questo rilievo del versante ordinamentale, così espressamente proclamato a livello di principio, trova riscontro negli aspetti concreti della disciplina. In particolare, questa mette in netto risalto gli enti esponenziali, che sono oggetto di una serie articolata di obblighi di trasparenza e di controlli per la verifica dell'idoneità rappresentativa, dei conflitti d'interesse, delle fonti di finanziamento. Soprattutto, gli Stati membri devono garantire legittimazione all'azione agli enti esponenziali i quali, conseguentemente, assumono i diritti e gli obblighi della parte ricorrente⁶².

La Direttiva non preclude espressamente il diritto di agire ai singoli componenti della classe, che però restano più sullo sfondo rispetto al ruolo giocato dagli enti collettivi. Essi beneficiano dei provvedimenti inibitori e risarcitori dell'azione rappresentativa⁶³, ma sono in ogni caso esentati dalle spese del procedimento, salvi casi eccezionali⁶⁴. Per contro, a riprova dell'impronta pubblicistica che il legislatore europeo ha voluto dare all'azione rappresentativa e, nel suo ambito, agli enti legittimati, è previsto che gli Stati membri debbano adottare misure pubbliche intese a garantire che le spese di procedimento non impediscano l'effettivo esercizio dell'azione⁶⁵.

Quanto ai singoli, questi devono poter esprimere, esplicitamente o in maniera tacita, la propria volontà di essere rappresentati o meno dall'ente esponenziale ai fini dell'azione risarcitoria. Con tale disposizione, la Direttiva lascia agli Stati membri la discrezionalità di prevedere il regime dell'*opt-in* o quello dell'*opt-out*⁶⁶. Peraltro, è in loro facoltà contemplare anche dei casi in cui i benefici dell'azione risarcitoria si producano direttamente in capo ai singoli consumatori a prescindere dalla partecipazione all'azione⁶⁷.

Anche il legislatore europeo si preoccupa, inoltre, di prevenire gli abusi dell'azione di classe. Si tende infatti a escludere danni punitivi, ossia l'obbligo al pagamento di somme aggiuntive – anche molto rilevanti – a titolo sanzionatorio⁶⁸. In ciò la disciplina europea sembra distinguersi

professionisti rispettosi della normativa operante a livello nazionale o transfrontaliero. Tali distorsioni possono ostacolare il corretto funzionamento del mercato interno». Ancor più incisivamente, v. il n. 7: «[...] Avendo a disposizione almeno un siffatto meccanismo procedurale per azioni rappresentative, ciò rafforzerebbe la fiducia dei consumatori, permetterebbe loro di esercitare i propri diritti, contribuirebbe a una concorrenza più leale e creerebbe condizioni di parità per i professionisti che operano nel mercato interno».

⁶² V. artt. 4 ss. V. anche art. 20, sulla previsione di finanziamento pubblico e altre facilitazioni che gli Stati membri possono adottare per permettere agli enti collettivi legittimati all'azione di svolgere al meglio le proprie funzioni.

⁶³ Così, espressamente, art. 7, comma 6.

⁶⁴ Art. 12, commi 2 s.

⁶⁵ Cfr. Art. 20, comma 1, cit.

⁶⁶ Art. 9, commi 2-4.

⁶⁷ Questa interessante facoltà per gli Stati, che peraltro trova un precedente nella legislazione statunitense, è prospettata al n. 47 dei *Considerando* ed è legata espressamente alle ragioni di rapidità ed efficienza sottese all'impianto dell'azione rappresentativa. Come si intuisce, però, sarebbe difficile coordinare una simile previsione con il diritto di difesa, che peraltro risulta espressamente fatto salvo nei *Considerando*, n. 74.

⁶⁸ La questione emerge espressamente nei *Considerando*, n. 42, u.p. Il corpo disciplinare della direttiva, in maniera più generica, obbliga gli Stati a garantire che i consumatori non ricevano indennizzi più di una volta per una stessa causa nei confronti dello stesso professionista (art. 9, comma 4, u.p.). I danni punitivi contraddistinguono tipicamente la *class action* negli Stati Uniti e vanno concretamente a incentivare l'iniziativa dei legali nell'intentare l'azione, visti gli ampi guadagni prospettati. Sono oggetto di acceso dibattito e parte della dottrina e gli operatori vicini alle imprese lamentano lo squilibrio cui la previsione dei danni punitivi può portare a svantaggio delle imprese convenute in giudizio, nonché l'indebita accentuazione dei profili compulsivi e di deterrenza della *class action* nei confronti delle imprese stesse. Per riferimenti, v. C. D'ORTA, *La Class action tra proclami e deterrence*, cit., 27 ss.; Cfr. G. ROMEO, *Il crepuscolo degli dei: l'azione di classe negli Stati Uniti d'America alla prova del diritto costituzionale*, in *Dir. pub. com. eur.*, 2012, n. 3, 1134 ss.; N. TROCKER, *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell'arte*, in *Riv. dir. proc.*, n. 2/2020, 752 ss.

parzialmente da quella del Codice di procedura civile, che invece ammettere meccanismi di premialità a vantaggio del legale e del rappresentante della classe⁶⁹. Sempre nell’ottica della prevenzione degli abusi, è previsto anche qui un filtro del giudice per i casi di manifesta infondatezza delle ragioni dell’attore⁷⁰.

4.4. *I tratti comuni: qualche considerazione.*

Per ognuno dei modelli positivi di *class action* emergono dunque tre livelli di interessi tutelati, sebbene il loro peso relativo cambi a seconda del modello.

Sia per la *class action* di diritto privato, sia per quella di diritto pubblico, sia, infine, per il modello che sembra emergere dalla legislazione europea, la disciplina è orientata contemporaneamente alla tutela dei diritti/interessi individuali, di interessi diffusi e collettivi, di principi obbiettivi a carattere ordinamentale. I tre elementi sembrano combinarsi idealmente in una sorta di *climax*, o di “piramide rovesciata”, nella quale vengono portate avanti istanze di generalità via via più ampie.

Per vero, il taglio funzionale e pubblicistico dello strumento processuale è ben evidente nella *class action* di diritto pubblico e, per quanto detto, anche nelle finalità espressamente contemplate dalla Direttiva europea. Nel modello privatistico, come è intuibile, tale profilo è meno esplicitato, ma ugualmente riconoscibile.

Quanto alla dimensione individuale della tutela, il rapporto ovviamente si ribalta, giacché, come evidenziato, più sfumate appaiono le posizioni soggettive nel modello pubblicistico, sebbene, anche qui, non del tutto assenti.

In ogni caso, elemento portante dell’intera costruzione è sempre quello collettivo e associativo, sebbene anch’esso venga declinato in maniera diversa a seconda del caso. Tale fattore intermedio è particolarmente interessante per la sua doppia funzione, ossia come raccordo, “verso il basso”, dei diritti e interessi individuali e, “verso l’alto”, come una forza che impatta sulle strutture ordinamentali e contribuisce a consolidarne la generale effettività. L’elemento collettivo serve dunque a potenziare, da un lato, la tutela e l’effettività dei diritti individuali e, dall’altro, a proiettarli in uno spazio contraddistinto da un più alto grado di politicità. Qui, questione centrale diventa la risoluzione e mediazione di conflitti collettivi e, contestualmente, il contributo di tali iniziative alla strutturazione degli assetti economico-sociali e all’implementazione della loro regolazione. Tutto questo, attraverso il canale giurisdizionale.

Sbaglierebbe, tuttavia, chi volesse indulgiare in una visione idealizzata ed eccessivamente armonica di questo complessivo “moto ascendente”; e ciò non solo perché trattasi sempre di

⁶⁹ Il giudice può infatti obbligare il resistente a corrispondere al rappresentante comune degli aderenti e al legale che ha intentato l’azione delle somme a titolo di compenso premiale di consistenza anche rilevante e calcolato in base all’ammontare complessivo del risarcimento: art. 840-nonies, c. 7, c.p.c.

⁷⁰ Art. 7, comma 7. Per primi commenti della nuova normativa europea, v. M. BONA, *La direttiva UE 2020/1828 sulla tutela rappresentativa dei consumatori*, in *Giur. it.*, n. 1/2021, 252 ss.; E. BENVENUTI, *La tutela collettiva risarcitoria dei consumatori nelle controversie transfrontaliere: diritto interno e prospettive di armonizzazione*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3/2020, 583 ss.; R. CAPONI, *Ultime dall’Europa sull’azione di classe (con sguardo finale sugli Stati Uniti e il “Dieselgate”)*, in *Foro it.*, n. 9/2019, 332 ss.

dinamiche conflittuali e della loro regolazione, ma, più nello specifico, perché la disarmonia si annida fra i vari livelli di tutela, e in particolare tra il livello individuale e quello collettivo o, se si preferisce, tra il singolo e il corpo intermedio.

Per quest'ultimo aspetto, come anticipato, la questione si pone con maggiore visibilità con riferimento alla tutela risarcitoria, allorché la posizione soggettiva emerge con maggiore definizione di contorni, al punto da reclamare un proprio spazio e autonome garanzie rispetto alla tutela collettiva.

Altro snodo problematico è quello della parità delle armi, ossia della questione, parimenti avvertita e dibattuta, se la promozione di una tutela giurisdizionale effettiva per utenti e consumatori non si risolva, in alcuni casi, in una compressione eccessiva del diritto di difesa dell'impresa.

Sullo sfondo, infine, sta il nodo più squisitamente istituzionale, ossia il tema ricorrente della legittimazione della sede giurisdizionale ai fini della regolazione in senso lato del conflitto.

Tali aspetti vengono affrontati nei §§ che seguono, che considerano più da vicino i profili costituzionali della disciplina.

5. La dimensione plurima del diritto di difesa e i suoi limiti costituzionali.

5.1. Nei diritti fondamentali in genere.

In termini di diritto costituzionale, i tre livelli di tutela di cui sopra sollecitano a una riflessione attorno alle diverse dimensioni ascrivibili al diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*

Il tema della c.d. doppia dimensione dei diritti fondamentali ha dato vita a un consistente filone dottrinale, sia nel diritto comparato che a livello nazionale. Ai fini che qui interessano, preme evidenziare che, in regime democratico-pluralista, al riconoscimento costituzionale dei diritti è attribuita una valenza che trascende il solo aspetto individuale e difensivo che origina nelle concezioni liberali. Invero, il tradizionale garantismo di stampo liberale, con la connessa idea della separazione rigida tra stato e società e tra individuo e collettività, è confacente solo in parte alla struttura e alla posizione che i diritti fondamentali hanno assunto nella costituzione pluralista.

È questa una visione tesa a valorizzare il carattere fondativo dell'ordinamento costituzionale che è proprio dei diritti fondamentali⁷¹. Questi, pur essendo posti a tutela di istanze parziali e soggettive, dotate storicamente di una carica antagonista rispetto al potere e alla più generale dimensione pubblico-statale – carattere evidente, questo, nelle “inviolabilità” di cui agli artt. 13 ss. Cost. – sono però, allo stesso tempo, suscettibili di assumere anche uno spiccato profilo

⁷¹ Cfr., con varietà di intonazioni, A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 55 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., 13 ss.; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 91 ss., 112 ss.; ID., *Diritti di libertà e costituzionalismo*, cit., 1 ss.; O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, cit., 333 ss. Più di recente, A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, cit., *passim*. Contra però, tengono ben saldo il legame con la dogmatica del diritto soggettivo P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, vol. I, Torino, 1991, 235 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 59 ss.

funzionale e ordinamentale. L'esercizio dei diritti fondamentali – specie, come è noto, di quelli dotati per definizione di un'apertura che trascende la mera sfera privata, come i diritti collettivi e la libertà di manifestazione del pensiero – si iscrive, infatti, nella più comprensiva cornice dell'ordinamento democratico-pluralista, contribuendo, nel medesimo istante, alla realizzazione dell'interesse di singoli e gruppi, ma anche a ricreare continuamente le precondizioni per il mantenimento e per l'ulteriore sviluppo dell'ordine democratico.

Tale doppia dimensione è ben visibile, in particolare, nei diritti associativi e collettivi – ma, più in generale, in quella varietà di formazioni sociali, alcune tipiche, altre meno, sulle quali la Costituzione edifica parte delle sue stesse fondamenta. Nel dare conto, come sopra, del triplice livello di interessi individuabili nel panorama disciplinare delle *class actions*, si è visto come il livello collettivo e associativo, per definizione “intermedio”, mostri un duplice volto: da un lato fattore di “coagulo” di interessi individuali deboli o dispersi e, dall'altro, veicolo degli interessi, così organizzati, entro il più ampio spazio della regolazione del conflitto, all'interno del quale essi si emancipano dal proprio statuto di posizioni soggettive per fungere da strumenti per l'implementazione del diritto obbiettivo⁷².

Questo duplice volto è chiaramente riscontrabile nelle trame del disposto costituzionale, laddove i diritti associativi in particolare sono presentati come potenziamento della sfera giuridica individuale (art. 18, comma 1, ma anche, ovviamente, art. 2 Cost.), ma aprono, al contempo, a dinamiche squisitamente partecipative (artt. 39, 49 Cost.). È messa in luce dalla dottrina la capacità espansiva del diritto generale di associazione ex art. 18 Cost. e della sua attitudine sia al rafforzamento della garanzia dei diritti individuali, sia a porsi come strumento più ampio di partecipazione⁷³. Tale posizione della libertà di associazione nel panorama costituzionale è resa ancor più eminente dall'affievolirsi, all'interno del sistema pluralista, sia dei canali della partecipazione partitica, sia di quelli della rappresentanza sindacale⁷⁴. Si rende visibile, in tal modo, la funzione di integrazione che è propria almeno di taluni diritti

⁷² La dottrina costituzionalistica ragiona da tempo di un duplice volto delle libertà associative, per cui, alla originaria impostazione liberale garantista, che propone l'associazione come potenziamento della libertà individuale, va sovrapponendosi, nello stato costituzionale pluralista, una diversa funzione rappresentativa e di integrazione, in virtù della quale l'ente collettivo è strumento di partecipazione a un processo politico che trascende la sfera individuale. Cfr. G. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati*, cit., 27 ss., 35 ss., 40 ss. e, soprattutto, P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, 1987, 188 ss., 219 ss.

⁷³ Cfr. P. RIDOLA, *Op. ult. cit.*, 219 ss. Ragiona attorno a diverse prospettive del diritto di associarsi anche G. GUZZETTA, *Il diritto costituzionale di associarsi*, Milano, 2003. L'A. non pone l'accento tanto sul versante partecipativo, quanto su rapporto tra il principio di libertà come *agere licere* e quello di un'autonomia giuridicamente determinata. Per interessanti sviluppi attorno alla vocazione sistemica dell'autonomia privata nel sistema costituzionale v. M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003. L'A. muove dalla prospettiva del carattere ordinamentale dell'esercizio dell'autonomia privata in quanto fonte di produzione normativa: ID., *Op. cit.*, 175 ss. Più recentemente, per una riflessione che tenga conto anche dello sviluppo sempre più intenso della dimensione transnazionale delle fonti private, v. A. MOSCARINI, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma, 2015, *passim*. Tornando alla libertà di associazione in senso stretto, altri AA. si sono concentrati sul sostegno finanziario dell'associazionismo privato, proprio per promuovere la sua funzione partecipativa e solidaristica. Cfr. G. GEMMA, *Costituzione ed associazioni: dalla libertà alla promozione*, Milano, 1993, *passim*; F. RIGANO, *La libertà assistita*, Padova, 1995, in partic. 221 ss. Per una ricostruzione in termini più squisitamente liberali, invece, v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992, 339 ss.

⁷⁴ Cfr. G. GEMMA, *Costituzione ed associazioni: dalla libertà alla promozione*, cit., 17 ss. Circa la doppia dimensione del diritto generale di associazione, e non solo dei più classici diritti partecipativi, proprio in riferimento al tema in oggetto, cfr. P. MAZZINA, *Azione di classe e azione collettiva: principi costituzionali*, in *Dig. Disc. Pub., Aggiornamento*, vol. V, Torino, 2012, 61 s.

fondamentali, e che si aggiunge al profilo più classicamente difensivo e di garanzia⁷⁵; una funzione altresì accentuata dalla costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà, che contribuisce a valorizzare il ruolo dell'iniziativa sociale in azioni volte al perseguimento di interessi a carattere generale⁷⁶.

Ai percorsi multidimensionali dei diritti fondamentali è da considerarsi pertinente, almeno secondo parte della dottrina, il tema della loro efficacia c.d. orizzontale. Trattasi dell'ormai consolidata visione che considera i diritti fondamentali come strutturalmente idonei a esser fatti valere non solo verso i pubblici poteri, bensì anche nei confronti dei privati, specie in quelle situazioni di squilibrio dalle quali derivano rapporti di subordinazione non dissimili da quelli che intercorrono fra il cittadino e la pubblica autorità⁷⁷. Anche la dottrina dell'efficacia orizzontale è volta a emancipare i diritti fondamentali da una concezione meramente individualistica, ma nel diverso significato per cui l'individuo e la sua libertà vanno riguardati nella loro concreta collocazione nel tessuto sociale e nei diversi tipi di organizzazione e di relazione cui il soggetto partecipa. È una dimensione, questa, in cui la questione della tutela dei diritti assume una connotazione promozionale. Questa riflette la consapevolezza che i diritti dell'individuo – e non solo i diritti sociali, ma anche quelli che nascono storicamente come libertà negative, ossia come pretese alla mera astensione – necessitano di un'impalcatura regolativa che sia idonea a sostenerne l'esercizio, andando a bilanciare – e in certi casi, per l'appunto, a controbilanciare – interessi privati e sociali antagonisti.

Per la sua intima relazione con i principi costituzionali che guardano alla persona umana nella concretezza della sua collocazione sociale e dei legami plurimi che essa intreccia con l'ambiente che la circonda (artt. 2 e 3, comma 2, Cost.), la dimensione orizzontale dei diritti

⁷⁵ In ordine a tale funzione, ancora attuale l'insegnamento di R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* (1928), Milano, 1988. In partic. sulla *Integrationslehre*, *ibidem*, 271 ss.

⁷⁶ La letteratura sulla c.d. sussidiarietà in senso orizzontale è ormai molto vasta. Basti qui rinviare, per trattazioni a carattere generale, a A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pub.* n. 1/2002, 51 ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c., della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, 177 ss.; G. PASTORE, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, sempre in *Studi Berti*, cit., 923 ss.; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà e diritti sociali*, in *Dir. pub.*, n. 1/2002, 5 ss.; P. RIDOLA, *Sussidiarietà e democrazia*, in *Id.*, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 365 ss.

⁷⁷ Si rinvia all'opera, ormai classica, di G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, in partic. 26 ss. La dottrina della c.d. efficacia orizzontale dei diritti fondamentali e dei diritti costituzionali in genere si avvale notoriamente un termine comparativo di grane rilievo, com'è quello rappresentato dall'art. 1, comma 3, del *Grundgesetz*. In Italia, il tema è stato particolarmente sviluppato dalla dottrina civilistica – almeno da quella più attenta ai rapporti tra diritto costituzionale e diritto privato – e si intreccia necessariamente con la riflessione attorno all'applicazione diretta della Costituzione da parte del giudice comune. Cfr., fra gli altri, M.R. MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 8 ss.; S. MORELLI, *L'applicazione diretta della Costituzione nei rapporti interindividuali*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 537 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, 535 ss. Per una ampia ricognizione della tematica dei rapporti tra la Costituzione e il diritto civile, svolta però in chiave costituzionalistica, cfr., anche con riferimento al tema della applicazione diretta, A. CERRI, *La Costituzione ed il diritto privato*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Vol. I, Torino, 1999, 129. Per la letteratura costituzionalistica, v. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 121 ss.; R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche di giudizio di costituzionalità in Europa. Atti del XX convegno annuale dell'AIC (Roma, 27-28 ottobre 2006)*, Napoli, 2010, 201 ss.; F. MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione: il problema dell'applicazione diretta del testo costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 24/2010, 4 ss., ora anche in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011; EAD., *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli, 2011, 73 ss.; S. PRESTA, *Dalle norme programmatiche all'applicazione diretta*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Collana "Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana", Napoli, 2006, 361 ss.; se si vuole, v. anche P. MEZZANOTTE, *La giurisdizione sui diritti tra Corte costituzionale e giudice comune*, in *Federalismi.it* n. 25/2011, 7 ss.

fondamentali, forse più delle altre, offre una prospettiva nella quale il principio dell'effettività dei mezzi di tutela emerge in tutta la sua importanza.

Le esigenze di contemperamento e di tutela effettiva e complessiva, che sono sottese anche alla dimensione orizzontale dei diritti fondamentali, postulano dunque interventi di regolazione che danno luogo a vere e proprie branche disciplinari. Queste talvolta interessano interi settori dell'ordinamento nei quali i diritti individuali e i loro mezzi di tutela tendono ad essere assorbiti ed obbiettivati. Tale elemento istituzionale esalta la portata sistemica dei diritti fondamentali e valorizza la funzione conformativa del legislatore, che non è più solo potere pubblico suscettibile di attentare ai diritti, ma indefettibile sostegno per la loro concreta attuazione⁷⁸.

Non va taciuto, tuttavia, che rappresentazioni univoche di tali profili metaindividuali possono celare, come puntualmente denunciato da parte della dottrina, il rischio di una torsione funzionale dei diritti e dello snaturamento della pregnanza difensiva e garantista da cui sono all'origine connotati. Questo rischio si annida nell'enfaticizzazione del versante collettivo e partecipativo, così come di quello istituzionale⁷⁹.

Per il primo, basti qui rammentare come, a proposito della formulazione dell'art. 2 Cost., e sia pure a seguito di trattative e compromessi, lo stesso Costituente saggiamente rinunciò all'impegnativo riferimento ai diritti *delle* formazioni sociali, per focalizzare invece il riconoscimento costituzionale sui diritti dell'uomo *nelle* formazioni sociali. In questa dizione, che è poi quella positivizzata nell'art. 2 Cost., risiede tutta la problematicità che è insita nel rapporto tra i principi del pluralismo e la tutela dei diritti individuali⁸⁰. Le organizzazioni

⁷⁸ Sulla necessità per la quale, nella costituzione democratica, i diritti fondamentali presentano una forma istituzionale, cfr., in particolare, A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 5 ss.; P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma, 1993, 115 ss.; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 170 ss. Il significato obbiettivo e ordinamentale dei diritti fondamentali nello stato costituzionale si rinviene come noto nel filone dottrinale che richiama i metodi di interpretazione "per valori", per il quale, con riferimento alla dottrina italiana, v. G. AMATO, *Libertà (diritto costituzionale)*, cit., 272 ss.; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 639 ss.; ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., *passim*. In tema, molto chiaramente, v. O. CHESSA, *Op. cit.*, 333 ss. L'A. esprime tuttavia alcune perplessità circa l'interpretazione per valori, nella quale si concreterebbe la tendenza alla destrutturazione del dato normativo. Infatti, la strutturale indeterminatezza semantica dei valori costituzionali comporterebbe, secondo questo indirizzo, un rinvio a valori politici e sociali comunitari «quale fonte ultima dei significati che il valore concretamente assume nel discorso giuridico pratico» (388). Più ancorata al dato giuridico positivo, nonché a metodi di giudizio più strutturati e meno discrezionali, sarebbe invece l'interpretazione per principi (*ibidem*, 364 ss.). In tema, v. ampiamente A. LONGO, *I valori come categoria dogmatica*, Napoli, 2007, 305 ss.

⁷⁹ Mettono l'accento sul rischio di funzionalizzazione dei diritti derivante dalla valorizzazione della sola prospettiva ordinamentale C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, *passim*; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 83 ss.; A. PACE – M. MANETTI, *Art. 21*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna, 2006, 37 ss. Per ampi riferimenti, anche di livello comparatistico, v. anche A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, cit., 17 ss., 35 ss. Più volte in dottrina è stato denunciato il rischio di una torsione funzionalistica dei diritti, legato all'idea di volerne ipostatizzare i profili partecipativi e istituzionali. Quest'operazione interpretativa sarebbe peraltro facilitata dalla complessiva relativizzazione della matrice liberale che è alla base della vecchia impostazione soggettiva. Tale impronta, infatti, sarebbe stata sopravanzata dal radicamento e dalla diffusione delle istanze democratico-pluralistiche e dei principi dello stato sociale. Critico verso questa *vulgata* R. NANIA, *Appunti per un bilancio sulla libertà individuale*, in ID. (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*, cit., 3 ss.; Più ampiamente, ID., *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989, 9 ss. L'A., infatti, pone l'accento sulla consapevolezza mostrata dal Costituente nel rafforzare al massimo le garanzie relative alle sfere di inviolabilità soggettiva espressamente menzionate negli artt. 13-15 Cost., nello stesso momento in cui dava vita a un sistema certamente più complesso di diritti sociali e politici.

⁸⁰ Problematicità che emerge diffusamente dalle pagine di P. RIDOLA, *Op. ult. cit.*, 219 ss. Per una ricostruzione della genesi dell'art. 2 Cost. e per la sua interpretazione, v. E. ROSSI, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. I, Torino, 38 ss.; e, ancor prima, ID., *Le formazioni sociali nella costituzione italiana*, Padova, 1989, 30 ss. In tema, v. ovviamente A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 50 ss., 80 ss.

collettive infatti – e il Costituente, all’art. 2, sembra aver coscienza di ciò – possono fungere da completamento necessario allo sviluppo della persona umana e all’esercizio pieno ed effettivo dei suoi diritti. Allo stesso tempo, però, i diritti dei singoli rischiano di sbiadire e soffocare al loro interno, specie quando l’ordinamento non appresti strumenti adeguati alla loro protezione anche nei confronti dell’organizzazione stessa⁸¹.

Discorso simile è da farsi in relazione alla concezione istituzionale. Qui infatti è massimamente valorizzata la funzione conformativa del legislatore nell’implementazione dell’impalcatura normativa nella quale la tutela del diritto viene obbiettivata. È valorizzato, in altri termini, il compito di attuazione dei precetti costituzionali che è proprio del legislatore e, quindi, il rapporto privilegiato che lega il legislatore alla Costituzione nell’esercizio del compito medesimo. Resta più in ombra, invece, l’assunto per il quale il legislatore è anch’esso, se non esso per primo, potere pubblico da cui difendersi, verso il quale la Costituzione agisce come limite e contro il quale i diritti in essa sanciti devono esser fatti valere. Il rischio che si paventa, anche qui, è che la pienezza della tutela soggettiva venga dissolta nella dimensione regolativa istituzionale e che i diritti finiscano per essere deprivati della postura oppositiva che è loro consustanziale⁸².

5.2. *Nel diritto di difesa in giudizio.*

Questa mappa teorica, così abbozzata, sembra trovare puntuali risposnde negli itinerari che il diritto costituzionale di difesa è sospinto a percorrere nel sistema disciplinare della *class action*, anche se quella di tipo risarcitorio presenta, come si vedrà poco oltre, gli aspetti di maggiore problematicità.

Innanzitutto, è dato rinvenire agevolmente il profilo dell’esercizio in forma collettiva del diritto d’azione e lo stretto nesso di strumentalità che lo lega al principio di effettività della tutela giurisdizionale e, contestualmente, al principio dell’efficacia orizzontale dei diritti fondamentali.

Come detto sopra, infatti, le tecniche di aggregazione plurisoggettiva della *class action* servono a rendere concretamente esperibile un’azione in giudizio altrimenti non conveniente per gli alti costi processuali in rapporto ai benefici prospettati. In questo contesto, l’aspetto della tutela orizzontale del diritto di difesa è *in re ipsa*. L’esercizio plurisoggettivo dell’azione, infatti, serve non solo a renderla conveniente al singolo, ma anche, contestualmente, a bilanciare lo squilibrio di forze che intercorre tra questi e l’organizzazione economico-professionale asseritamente

⁸¹ Ciò non vuol dire, tuttavia, che il Costituente italiano abbia optato per un ripiegamento in senso individualistico e meramente garantista dei diritti associativi e collettivi. La formazione sociale è strumento non solo di esercizio di diritti individuali, ma anche, sull’altro fronte, di partecipazione alla definizione – sempre dinamica e mai definitiva – degli assetti pluralistici complessivi e, contestualmente, di implementazione del processo politico, ove questo non venga confinato alla sola mediazione partitica e al circuito rappresentativo. In questo contesto, il principio dello svolgimento della personalità anche contro il potere privato dell’ente collettivo non opera «come criterio *selettivo* della sfera dei destinatari del diritto fondamentale, [ma] come un limite funzionale immanente al libero dispiegarsi delle forme associative». Così P. RIDOLA, *Op. ult. cit.*, 223.

⁸² Cfr. *supra*, nota n. 79.

responsabile dell'illecito⁸³. Per queste ragioni, il favore generale del Costituente per l'esercizio dei diritti in forma associativa e collettiva si mostra come particolarmente calzante in materia di diritto di difesa: l'assunto per il quale la tutela giurisdizionale deve essere effettiva è notoriamente ribadito, in maniera costante, dalla stessa giurisprudenza costituzionale.

Quanto alla dimensione istituzionale e ordinamentale del diritto di difesa, è la stessa Costituzione a darne una rappresentazione puntuale nella disciplina del giusto processo. Questo, non casualmente, è disciplinato nella Parte II della Costituzione, dedicata come noto all'*Ordinamento della Repubblica*, e cade sotto il Titolo IV, che ha per oggetto la giurisdizione, mentre i diritti fondamentali trovano asilo nella Prima parte. Coerentemente, le disposizioni sul giusto processo fanno riferimento all'esercizio della giurisdizione nella sua obbiettività, cosicché i principi di giustizia cui il processo deve essere informato sono qui una condizione per il corretto esercizio della funzione giurisdizionale prima ancora che un diritto, o una somma di diritti, che fanno capo al singolo cittadino. In un contesto siffatto, gli elementi portanti del giusto processo, ossia il contraddittorio, la terzietà e imparzialità del giudice, la parità delle armi, la ragionevole durata, l'obbligo di motivazione, sono anzitutto presentati dalla Costituzione, anche testualmente, come principi a carattere obbiettivo cui ogni ordinamento processuale deve ispirarsi⁸⁴.

Peraltro, come già sopra accennato, la teoria processualistica ha da lungo tempo evidenziato un profilo ordinamentale e sistemico della giurisdizione. È stato cioè evidenziato come la giurisdizione sia preordinata non solo alla garanzia dei diritti soggettivi, ma anche, contestualmente, alla riaffermazione nel caso concreto di finalità di ordine generale che il legislatore ha voluto obbiettivare nel sistema giuridico. In questa prospettiva, è reso ancor più comprensibile come l'azione di singoli o gruppi possa contemporaneamente servire a istanze che trascendono gli interessi parziali⁸⁵.

Certo, le Carte dei diritti sovranazionali – artt. 6 CEDU, artt. 47 ss. CDFUE – fanno riferimento testuale al giusto processo come a un diritto, o meglio una somma di diritti di natura processuale, che sono anche enumerati in maniera specifica. Ciò va certamente tenuto da conto, senza però dimenticare la premessa, tanto fondamentale quanto ovvia, che trattasi di disposizioni facenti parte di carte dei diritti, le quali, per la funzione cui devono adempiere, adottano necessariamente una prospettiva più univoca, monodimensionale, o più semplicemente meno problematica di quanto non possa essere quella della Costituzione italiana⁸⁶.

⁸³ Rientrano in questa cornice anche tutte le facilitazioni all'adesione, ad es. la “doppia finestra” per intervenire, sia dopo l'ordinanza di ammissibilità, sia dopo la sentenza che accerta l'illecito e specifica i caratteri dei diritti omogenei. Alla medesima *ratio* sembra rispondere la previsione di misure asimmetriche, tese al riequilibrio della disparità di partenza in sede di istruzione probatoria, nonché la particolare disciplina dei compensi e delle spese processuali. Per le misure asimmetriche, v. art. 840-quinquies, c. 7 ss, c.p.c., per cui il giudice, a certe condizioni e con determinate garanzie, può ordinare alla parte resistente di esibire prove a suo carico. Per la disciplina delle spese e compensi premiali, v. art. 840-nonies.

⁸⁴ Per una ricostruzione del principio costituzionale del giusto processo in termini di diritto obbiettivo, v. M. CECCHETTI, *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. V, Milano, 2001, 595 ss., in partic. 610 ss.

⁸⁵ G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti* (1903), ora in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, cit. ID., *Principii di diritto processuale civile*, cit., 63 ss.

⁸⁶ Tale carattere si presenta in maniera più marcato per la CEDU rispetto alla Carta di Nizza, che va a completare un sistema giuridico più articolato, nel quale, sin dall'origine, le situazioni soggettive, con particolare riguardo alle libertà economiche, mostrano uno spiccato profilo funzionale, legato alla realizzazione del libero mercato interno. In tema di diritto

La Costituzione, come si sa, dà vita a un sistema che è più complesso di quello di una “semplice” carta dei diritti. Lo conferma, proprio in tema, quella giurisprudenza costituzionale che, pur nel doveroso recepimento dei precedenti della Corte EDU in ossequio all’obbligo di conformazione di cui all’art. 117, comma 1, Cost., si riserva di darne un’applicazione non assoluta o incondizionata, ma di inserirli in un gioco di ponderazioni che solo la Corte può fare, perché rapportate a un sistema costituzionale la cui cifra pluralistica è tarata su un livello più elevato di complessità⁸⁷.

In sintesi, dal testo costituzionale e dal suo complessivo sistema non sembrano essere precluse letture del diritto di difesa di cui all’art. 24 Cost. tese a valorizzarne profili ulteriori rispetto a quello della tutela soggettiva e individuale, al pari delle altre posizioni fondamentali di cui la dottrina costituzionalistica ha predicato la multidimensionalità⁸⁸.

Cosa ben diversa, però, è affermare che la Costituzione consenta un assorbimento del diritto soggettivo entro la dimensione collettiva e obbiettiva.

Almeno per il diritto di difesa, il dato testuale lascia poco spazio a letture così radicali, visto che dal disposto dell’art. 24 Cost. emerge in primo luogo un diritto espressamente strutturato in funzione della tutela di situazioni giuridiche soggettive, ossia diritti e interessi legittimi. Tale dato, per la sua formulazione inequivoca, appare difficilmente riducibile o aggirabile. Non può farsi questione, dunque, del superamento della dimensione soggettiva, ma di un suo completamento o, se si vuole, di una dialettica tra questa e le altre possibili declinazioni del diritto di difesa. La dimensione individuale del diritto può ben entrare in un gioco di ponderazioni, ma con tutto il peso che le deriva dall’esser espressamente definita come inviolabile e ancorata, in maniera altrettanto esplicita, alla garanzia di situazioni giuridiche soggettive⁸⁹.

Alle stesse conclusioni sembra potersi pervenire mediante l’utilizzo di metodi esegetici più tradizionali, come quello dell’interpretazione sistematica. Infatti, tornando brevemente sul

a un equo processo si veda, con riferimento alla CEDU, v. R. CHENAL – F. GAMBINI – A. TAMIETTI, *Art. 6*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla CEDU*, Padova 2012, 173 ss. Quanto alle omologhe disposizioni della Carta di Nizza, si rinvia a D. DOMENICUCCI – F. FILPO, *La tutela giurisdizionale effettiva nel diritto dell’Unione europea*, in S. ALLEGREZZA ET AL. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2017, 864 ss. Peraltro, la prospettiva soggettivistica è propria anche del *due process of law statunitense*, giacché la *due process clause* di cui agli Emendamenti V e XIV della Costituzione degli Stati Uniti lega espressamente la garanzia costituzionale a quei casi in cui siano in gioco i diritti alla vita, alla libertà, alla proprietà, esplicitando così la postura individualistica e difensiva delle garanzie giurisdizionali, che è propria di una costituzione di stampo liberale. In tema, si rinvia al classico di R. PENNOCK, J.W. CHAPMAN (a cura di), *Due Process*, New York University Press, 1977. Per un’introduzione sul piano storico e costituzionale, E.D. RE, *Due process of law*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma, 1989, 1 ss.

⁸⁷ In tema, v. R. NANIA, *I diritti tra Costituzione e tutele sopranazionali*, in ID. (a cura di), *L’evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali: saggi e casi di studio*, Torino, 2012, Parte prima, cap. II. Più recentemente, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017, 129 ss.

⁸⁸ Questo assunto è ben messo in evidenza da A. DONATI, *Azione collettiva e diritto soggettivo collettivo*, cit., 935 ss.

⁸⁹ Paventa questo rischio, fra gli altri, A. GIUSSANI, *Azione collettiva*, cit., 134; *ibidem*, 136: «occorre razionalizzare il nesso tra le modalità di determinazione soggettiva del contraddittorio e quelle di individuazione dei limiti soggettivi del giudicato, in modo da evitare il rischio che la tutela civile dei diritti venga sopraffatta dalla dimensione superindividuale del conflitto». È in questione, in altri termini, l’incompatibilità con l’art. 24 Cost. e il diritto di difesa dell’estensione del giudicato *ultra partes*, ossia il fatto che lo stesso spieghi effetti anche nei confronti di coloro che non hanno preso parte al giudizio. ID., *Op. cit.*, 137. In tema, v. anche S. PALADINO, *Azioni seriali e tutela degli interessi collettivi: “class action all’italiana”*, in *Federalismi.it*, 2008, n. 14, 7 ss. Peraltro, l’A. argomenta la compatibilità con i principi costituzionali che presiedono alla tutela giurisdizionale del soggetto individuale sia il regime dell’*opt-in*, sia quello dell’*opt-out*, entrambi astrattamente idonei a far salvi i diritti del singolo e la sua autonoma determinazione a partecipare o meno all’azione (10).

giusto processo di cui all'art. 111, è bensì vero che esso rappresenta la proiezione sistemica del diritto di difesa, ma è altrettanto vero il reciproco. La giustizia nel processo è infatti strumento per garantire i diritti, e i principi che lo governano – *in primis* quello del contraddittorio, per il quale la cosa è del tutto evidente – rinvencono il loro preciso punto di caduta sul piano dei diritti processuali soggettivi e della tutela di posizioni sostanziali. Fra l'altro, puntuale riscontro a quanto si viene dicendo è dato dalle teorie soggettivistiche della giurisdizione, che si affiancano a quelle di diritto oggettivo⁹⁰.

È ora possibile fare alcune valutazioni attorno alla correttezza delle scelte legislative in materia di *class action* tenendo presente la cornice interpretativa appena descritta.

6. Su alcuni dubbi di legittimità.

Ai fini della concreta configurazione dei rapporti tra l'azione della classe e il diritto di difesa del singolo membro, è di rilievo il modo in cui sono regolate le condizioni e le modalità della libera adesione del soggetto all'azione.

Il sistema statunitense, come sopra anticipato, è per lo più incentrato sul meccanismo del c.d. *opt-out*. Qui l'azione di classe spiega automaticamente i suoi effetti nei confronti del singolo membro, a meno che, entro il termine previsto, questi non decida espressamente di non parteciparvi. Secondo parte della dottrina, siffatto congegno sarebbe poco rispettoso dell'autonomia del singolo per l'automatismo con cui è determinata la sua partecipazione all'iniziativa collettiva, nonché per l'onere, che su di esso ricade, di un espresso atto processuale al fine di sottrarsi⁹¹. È indubbio che, nello stabilire un regime di appartenenza implicita alla classe – benché, come detto, non assoluta in quanto reversibile – il legislatore che opti per questa soluzione tende a dare consistente rilievo al momento collettivo favorendo la massima partecipazione alla classe, la quale viene a formarsi non per atti di spontanea adesione, ma per un meccanismo che opera *ex lege*. Di qui i dubbi circa la piena compatibilità di tale modello con

⁹⁰ È peraltro noto agli studiosi che il sistema costituzionale va guardato nel suo complesso, e che la parte organizzativa e quella sostanziale della Carta sono legate tra loro da nessi inscindibili: cfr. A. CERVATI, *La revisione costituzionale ed il ricorso a procedure straordinarie di riforma delle istituzioni*, in A. CERVATI, S. PANUNZIO, P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001, 60 ss., a proposito dell'artificialità della pretesa di tenere indenne la I Parte della Costituzione in occasione di uno dei vari tentativi di riformarne solo la II Parte. Si può comprendere in tal modo come la difesa dei diritti e la loro trasfigurazione ordinamentale siano elementi connessi l'uno con l'altro in un intreccio che è difficile da districare, come dimostra proprio il caso della *class action*. Sottolinea il legame di stretta interrelazione sistematica che intercorre tra l'art. 111 e l'art. 24 Cost. A. ANDRONIO, Art. 111, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. III, Torino, 2006 ss., 2099 ss., in partic. 2108 ss. L'A. argomenta tale posizione soprattutto a partire dalla giurisprudenza costituzionale che precede la riforma dell'art. 111 Cost., la quale aveva già ricavato molti dei contenuti del giusto processo dallo stesso art. 24 Cost., quindi dal diritto di azione e difesa in giudizio. Per approfondimenti in tema di giusto processo e per la portata della riforma di cui alla l. cost. 29 novembre 1999, n. 2, v. AA. VV., *Il giusto processo. Convegno, Roma, 28-29 marzo 2002*, Accademia dei Lincei, Roma, 2003; M. G. CIVININI-C. M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il giusto processo civile. Atti del Convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000*, Milano, 2001; F. DINACCI, *Processo penale e costituzione*, Milano, 2010; M. MENGIOZZI, *Giusto processo e processo amministrativo. Profili costituzionali*, Milano, 2009.

⁹¹ Rappresentativa di questa tendenza è l'opinione, fra gli altri, di P. MAZZINA, *Verso una nuova azione di classe*, cit., 27 ss.; ID., *Azione di classe e azione collettiva*, cit., 65 ss. In generale sugli aspetti costituzionali delle azioni collettive, v. anche D. TANZA, *I fondamenti costituzionali delle azioni collettive: class action ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Amministrazione in cammino*, 2010, *passim*.

i principi costituzionali e, segnatamente, con la sopra menzionata struttura soggettiva del diritto di agire in giudizio.

Conformemente a tali presupposti, il legislatore italiano ha scelto il diverso meccanismo del c.d. *opt-in*. In questo secondo caso, l'obiettivo è quello di garantire una più piena autonomia dispositiva nell'esercizio dell'azione, in quanto la partecipazione all'iniziativa processuale è qui subordinata a un atto di adesione espresso, quindi con un meccanismo esattamente opposto rispetto a quello descritto poco sopra.

Tale scelta riguarda sia l'azione di classe risarcitoria di cui al nuovo Titolo VIII-bis c.p.c., sia il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni di cui al d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198. Qui però, come già visto, il preminente orientamento dell'azione a finalità di interesse pubblico, l'assenza di possibilità risarcitorie e la posizione complessivamente più defilata degli interessi dei singoli privano la questione almeno di parte del suo rilievo.

Dal canto suo, il legislatore europeo, conformemente al carattere generale della direttiva e all'esigenza di trovare attuazione in ordinamenti nazionali diversi per cultura e tradizione, menziona come possibili ambedue le modalità di partecipazione all'azione di classe⁹².

In ogni caso, in ragione di quanto esposto, il regime dell'*opt-in* sembrerebbe intuitivamente quello più confacente alla tradizione costituzionale italiana e alla preservazione del diritto individuale di difesa nella sua integrità. In questo stesso senso si è espressa parte della dottrina⁹³. Tuttavia, un'analisi attenta della disciplina, assieme con una ricognizione delle finalità ad essa complessivamente sottese e degli strumenti atti a darvi seguito, sembrerebbe poter condurre a conclusioni anche diverse. L'attenzione è qui prestata alla normativa civilistica in quanto, come più volte detto, le potenzialità di contrasto tra interesse collettivo e interesse individuale appaiono più concrete, anche se, sul punto, per la *class action* di diritto pubblico sono adottate soluzioni analoghe.

Perché il diritto di azione e di difesa del potenziale aderente possa dirsi effettivamente tutelato, è chiaramente necessario che questi sia messo in condizione di venire a conoscenza del procedimento collettivo in atto onde poter decidere se aderirvi o meno. Il legislatore non dispone la notifica individuale a ogni membro della classe, ma adotta un regime di pubblicazione istituzionale per via telematica, da cui fa dipendere la decorrenza dei termini per l'esercizio del diritto di adesione. Da ciò sembra potersi desumere che la legge abbia voluto preservare al massimo il diritto di *non* aderire, prediligendo l'istituto dell'*opt-in*; meno, però, il diritto di aderire, giacché il regime di pubblicità legale posto in essere potrebbe non esser sufficiente alla conoscenza effettiva dell'azione intentata e quindi a favorire l'esercizio dell'*opt-in*.

Per tutelare il diritto del singolo di esercitare l'azione, e non solo quello di non esercitarla, il legislatore ha ritenuto sufficiente chiarire che, in ogni caso, l'azione di classe non preclude l'azione individuale a quanti non vi abbiano aderito⁹⁴. Essa preclude invece, in linea di principio, la riproposizione della medesima azione di classe, alla stregua del principio del *ne bis in idem*⁹⁵. Quindi, il soggetto che concretamente non sia venuto a conoscenza delle informazioni diffuse

⁹² *Supra*, § 4.3.

⁹³ Per una ricognizione sul piano del diritto costituzionale, v. P. MAZZINA, *Op. ult. cit.*, *ibidem*.

⁹⁴ Art. 840-bis, comma 4, c.p.c.

⁹⁵ Così, chiaramente, dispone l'art. 840-quater, comma 1, c.p.c.

sui canali telematici istituzionali circa i termini dell'azione intentata può solo agire individualmente per far valere le proprie pretese risarcitorie⁹⁶.

Come giustamente osservato in dottrina, il singolo, il più delle volte, non sa che farsene dell'azione individuale⁹⁷. Se la *ratio* della *class action* è anzitutto quella di ovviare a situazioni di sostanziale ineffettività della tutela processuale del singolo, il fatto di aver preservato attentamente quest'ultima a livello individuale senza adeguatamente garantire il diritto di aderire positivamente all'azione di classe appare contraddittorio rispetto alla *ratio* stessa, pertanto irragionevole. La disciplina è potenzialmente lesiva del diritto di aderire all'azione – quindi del diritto di difesa – e, contestualmente, non del tutto idonea al raggiungimento dello scopo di potenziare l'effettività del diritto di azione in giudizio favorendo l'aggregazione plurisoggettiva.

Quindi il regime dell'*opt-in*, così come regolato agli artt. 840-bis e *sexies* c.p.c., da un lato non sembra preservare l'effettività del diritto di adesione e, dall'altro, sembra non offrire le condizioni ideali per la formazione della classe⁹⁸.

Peraltro, va dato atto al legislatore di aver parzialmente compensato queste carenze attraverso la previsione di due “finestre” per esercitare il diritto di adesione, ossia dopo l'ordinanza di ammissibilità e dopo la sentenza. Ciò è contestualmente rivolto all'ampliamento delle possibilità di adesione del singolo e all'allargamento della compagine soggettiva. Non è detto, tuttavia, che la cosa sia sufficiente a rimediare alla lesione del diritto del singolo. Il raddoppio delle finestre per l'adesione può incrementare statisticamente la possibilità che il soggetto conosca dell'azione e si comporti di conseguenza, ma non risolve alla radice il deficit potenzialmente legato al regime di conoscenza legale prescelto.

Sotto altro profilo, la stessa previsione di un diritto di aderire anche dopo la sentenza pare esporre la disciplina a rilievi critici anche per quel che concerne il rispetto dei diritti del convenuto. Questi infatti, fino alla scadenza del termine per aderire assegnato dal giudice con sentenza, non può conoscere con sicurezza la composizione e la numerosità della compagine soggettiva in cui la classe materialmente si concreta né, di conseguenza, l'entità delle somme complessive su cui verte la lite.

A fronte di tali nodi problematici, il diverso regime dell'*opt-out*, purché contempli oneri di comunicazione e notifica più stringenti, può prestarsi a garantire con maggiore efficacia sia i

⁹⁶ È fatta salva l'eventualità in cui l'interessato dimostri di non aver potuto fare valere i propri diritti entro i termini previsti. È da dubitare fortemente, anche in ragione del puntuale onere probatorio, che tale eccezione possa ricomprendere il semplice fatto che l'interessato non abbia controllato il sito istituzionale del Ministero della Giustizia per vedere se, eventualmente, non siano state intentate azioni di classe che lo riguardano. V. comunque il disposto dell'art. 840-quater, u.c., Cod. civ.

⁹⁷ Così, efficacemente, A. PACE, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova “class action”*, in *Rivista AIC* n. 1/2011, 8.

⁹⁸ In tema, cfr. COMOGLIO, *L'azione di classe italiana: valutazioni di efficienza*, cit., 130 ss., il quale si sofferma soprattutto sull'inidoneità del regime dell'*opt-out* a favorire la formazione della classe al fine di esercitare la funzione di deterrenza tipica della *class action*, specie in quei casi in cui l'esiguità della pretesa individuale priva il soggetto dell'incentivo stesso ad aderire. Sottolinea l'inconferenza del regime dell'*opt-in* con gli obiettivi sottesi alla *class action*. A. DONATI, *Azione collettiva e diritto soggettivo collettivo*, cit., 946 ss. Peraltro, l'A. arriva a tale conclusione sulla base della preminenza sostanziale, nella *class action*, dell'interesse collettivo rispetto a quello individuale. Infatti, lavorando sulla ricostruzione dogmatica degli interessi dedotti in giudizio dai singoli, questi non godrebbero della qualificazione di diritto soggettivo individuale, ma parteciperebbero di un diritto soggettivo collettivo nel quale, in realtà, i diritti individuali omogenei finiscono per essere assorbiti. In questa prospettiva, dalla disciplina della *class action* sarebbe dato desumere conseguenze sul piano del diritto sostanziale e non solo di quello processuale e, segnatamente, l'elaborazione di una nuova situazione giuridica a carattere collettivo come, per l'appunto, il diritto soggettivo collettivo. Cfr. ID., *ibidem*, 938 ss.; ID., *Diritto soggettivo e azione collettiva*, cit., 57 ss.

diritti dei singoli, sia i diritti del convenuto. È inoltre potenzialmente più idoneo al conseguimento dello scopo cui è preposta la stessa azione di classe, che postula la reale possibilità di unire le forze contro pratiche scorrette e lesive di grandi operatori privati e pubblici.

In proposito, nel diritto statunitense, il legislatore prescrive che, fin quando ragionevolmente possibile, il ricorso debba essere notificato individualmente a tutti i potenziali appartenenti alla classe, a tutela sia dei diritti di questi, sia del convenuto, che è così messo in grado di avere un quadro più chiaro della composizione della classe⁹⁹. Inoltre, il meccanismo per il quale, salva rinuncia, in principio l'adesione alla classe è automatica, sembra poter favorire una più immediata ed efficace formazione della classe rispetto all'opposta situazione in cui la stessa possibilità di azione collettiva è subordinata alla mutevole propensione dei singoli ad aderire espressamente all'iniziativa.

L'adozione del regime dell'*opt-out* rivela una certa attenzione del legislatore americano per le ragioni dell'efficienza e dell'economia processuale – visti gli automatismi che lo caratterizzano – e per la promozione dell'interesse sovraindividuale, e quindi per l'utilizzo dell'azione di classe come strumento “politico” di repressione delle condotte illecite e di risoluzione di conflitti collettivi tra categorie diverse di soggetti sociali ed economici¹⁰⁰.

Sotto questo profilo, la posizione del singolo sembrerebbe finire in secondo piano nel bilanciamento di interessi posto in essere dal legislatore. Come detto poc'anzi, è bensì vero che la presenza di garanzie processuali sufficienti all'esercizio in autonomia delle scelte difensive sembra poter ricondurre tale bilanciamento, per lo più, entro i parametri della ragionevolezza. Tuttavia, lo stesso legislatore americano mostra di ben conoscere che l'identificazione individuale di tutti i membri della classe non sempre è fattualmente possibile, atteso che la classe, come detto, è data più spesso dalla sommatoria di una moltitudine disaggregata di individui piuttosto che da una collettività dotata di un minimo di integrazione. Ciò è tanto vero che la notifica individuale deve essere preferita, secondo la legge, per raggiungere «all members who can be identified through reasonable effort»¹⁰¹. Quindi, a norma di legge, la tutela dei diritti processuali del singolo può non dare assoluta certezza, ciò che dimostra la possibile subordinazione dei diritti del singolo agli obiettivi di effettività e di efficienza che connotano l'azione di classe¹⁰².

⁹⁹ Cfr. G. ROMEO, *Il crepuscolo degli dei: l'azione di classe negli Stati Uniti d'America alla prova del diritto costituzionale*, in *Dir. pub. com. eur.*, 2012, n. 3, 1140 ss. L'A. spiega come, almeno per le *damages class actions*, l'effettività del diritto di *opt-out* è resa possibile da obblighi di notifica più stringenti cui l'attore è sottoposto in base della giurisprudenza della Corte Suprema americana. V. anche S. PATTI, *Class action e azione risarcitoria collettiva: analogie e differenze*, in A. BELLELLI (a cura di), *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, cit., 13 ss. L'A. rappresenta la notifica individuale come un adempimento costituzionalmente necessitato alla luce del principio del *due process of law* e delle connesse garanzie di contraddittorio e di intervento nel processo. Tuttavia, la regola non viene rispettata sempre a causa delle deroghe apportate a livello statale. V. ID., *Op. cit.*, *ibidem*.

¹⁰⁰ Cfr. G. ROMEO, *Il crepuscolo degli dei: l'azione di classe negli Stati Uniti d'America alla prova del diritto costituzionale*, cit., 1134 ss.

¹⁰¹ *Federal Rules of Civil Procedures*, Rule 23, (c) (2) (B).

¹⁰² Per riferimenti comparatistici, specie riguardanti il diritto USA, v. C. D'ORTA, *La Class action tra proclami e deterrence*, cit., 1 ss.; N. TROCKER, *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell'arte*, in *Riv. dir. proc.*, n. 2/2020, 752 ss.

7. *Trasfigurazioni della funzione giurisdizionale e rischi per la sua legittimazione.*

Per le considerazioni finora svolte sopra, la *class action* si palesa come un procedimento in cui alla funzione della garanzia dei diritti si affianca anche un aspetto partecipativo. In questa prospettiva, gli interessi di singoli e gruppi vengono veicolati, attraverso il processo giurisdizionale, verso finalità di ordine generale e di stampo pubblicistico. Nella fattispecie, l'iniziativa processuale privata si presta, ora più direttamente, ora meno, allo svolgimento di compiti di controllo sulla legalità e la correttezza del funzionamento dei mercati e delle pratiche industriali e finanziarie che vengono seguite al loro interno. Quanto alla *class action* di diritto pubblico, il controllo privato è direttamente indirizzato al buon andamento dell'amministrazione, sebbene con i limiti di effettività derivanti dall'esclusione dell'incentivo risarcitorio.

In tali fenomeni non è difficile intravedere l'operare del principio di sussidiarietà fra pubblico e privato, che peraltro, non da oggi, è fatto oggetto di espressa menzione nella Costituzione italiana. Spiccano infatti, nella *class action*, meccanismi sussidiari rispetto all'esercizio di funzioni pubbliche tradizionalmente spettanti a organi amministrativi o, al più, rientranti nelle attribuzioni del pubblico ministero. Di ciò il legislatore sembra avere sufficiente contezza nel momento in cui, almeno implicitamente, mostra di considerare la *class action* come strumento potenzialmente alternativo ai controlli delle autorità amministrative di settore. L'art. 840-ter, comma 3, c.p.c. prevede infatti, fra l'altro, che il giudice «può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente». Per la *class action* di diritto pubblico, gli fa eco l'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 198/2009, per cui il ricorso non può essere proposto nel caso in cui «un organismo con funzione di regolazione e di controllo istituito con legge statale o regionale e preposto al settore interessato ha instaurato un procedimento volto ad accertare le medesime condotte oggetto dell'azione [...]». Se poi il procedimento amministrativo è instaurato successivamente, il giudice dispone la sospensione di quello giurisdizionale (comma 2)¹⁰³.

Negli Stati Uniti, laddove il fenomeno è studiato da più tempo, l'attitudine integrativa o sussidiaria dell'iniziativa di classe rispetto agli organi pubblici di controllo e regolazione è stata ben messa in evidenza. Ne è stata salutata con favore la capacità di ovviare alle distorsioni dei soggetti regolatori, siano essi amministrativi o politici, i quali, secondo ben note ricostruzioni teoriche, sono naturalmente più propensi a subire l'influenza di minoranze coese, organizzate e ben provviste di mezzi piuttosto che di una moltitudine atomizzata di comuni cittadini¹⁰⁴.

¹⁰³ Quanto alla tendenza del legislatore a sviluppare processi di sussidiarietà e integrazione tra vigilanza pubblica e azione civile, v. S. PALADINO, *Azioni seriali e tutela degli interessi collettivi*, cit., 21. Per una panoramica dei vari strumenti di tutela, amministrativi e giurisdizionali, che assistono il consumatore e l'utente di pubblici servizi, v. recentemente S. MIRATE, *La tutela del cittadino utente consumatore: profili pubblicistici*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 1/2020, 40 ss.

¹⁰⁴ Cfr., con riguardo all'integrazione tra *class action* e vigilanza *antitrust*, S. ISSACHAROFF, *Class action e autorità statale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1041 ss. L'A. sottolinea altresì come, talvolta, l'iniziativa privata in sede giudiziaria non solo si combini con l'azione pubblica, ma si presenta come «alternativa privata all'attuazione della legge dello stato», ciò che peraltro è più tipico dell'esperienza giuridica di *common law* di quanto non lo sia nella tradizione di diritto amministrativo continentale: ID., *Op. cit.*, 1048. Peraltro, la profonda differenza che intercorre tra le forme dello stato amministrativo di stampo continentale e i sistemi di *common law*, nei quali la giurisdizione ha storicamente mantenuto posizione istituzionale e prerogative sconosciute nei primi, è notoriamente messa in rilievo nel classico di A. V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto*

Emerge qui la vocazione contro-maggioritaria del potere giudiziario, e di quello statunitense in particolare, tradizionalmente chiamato a dar voce a minoranze sottorappresentate. Nella fattispecie, tale squilibrio rappresentativo si manifesta non tanto e non solo con riferimento al canale politico elettivo, ma, come detto anche sopra, proprio in relazione al campo della rappresentanza di interessi sociali organizzati, dove è compito e potere del giudice plasmare la classe come soggetto processuale collettivo e determinare, con ciò, l'aggregazione giudica di interessi all'origine dispersi.

La giurisdizione, così, viene impegnata nell'amministrazione del conflitto e, al suo interno, nella promozione di interessi meno forti e organizzati; attività che va oltre la sua istituzionale preposizione alla garanzia dei diritti e, forse, anche al di là del ruolo del giudice come tutore imparziale dell'ordine giuridico obbiettivo. Quanto questa funzione sia confacente alla posizione del giudice nell'ordinamento è questione che agita da tempo la dottrina americana e che, specie per la giustizia costituzionale, ha avuto notevoli riflessi anche nel nostro sistema.

In questo contesto, è certamente di rilievo una verifica di diritto positivo circa le modalità con cui concretamente il legislatore disciplina i poteri del giudice nella *class action* e la puntualità con cui ne regola l'esercizio discrezionale astringendolo a vincoli procedurali e sostanziali¹⁰⁵. In ogni caso, anche prescindendo in parte dalla ricostruzione del dato positivo nella sua specificità, è messa in causa l'idea stessa che la giurisdizione possa partecipare a pieno titolo di un sistema regolativo plurale in cui arriva a fare le veci di autorità amministrative precipuamente adibite alla cura di pubblici interessi e al perseguimento di obiettivi di ordine sistemico che possono anche andare oltre lo stretto interesse al ripristino della legalità¹⁰⁶.

Questo ruolo del giudice appare comunemente più consolidato e pertinente al sistema d'Oltreoceano¹⁰⁷. Quanto al nostro, la configurazione della giurisdizione come esecuzione della

costituzionale, ottava ed. (1915), trad. it., Bologna, 2003, 279 ss. In tema, ampiamente e non senza intonazioni critiche, v. in particolare S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo I, *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, 30 ss.

¹⁰⁵ A un livello di squisito diritto costituzionale, ha affrontato il tema A. PACE, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova "class action"*, cit., 6, il quale, con riferimento alla disciplina vigente al 2009, risolveva la specifica questione in senso positivo, in quanto i poteri discrezionali del giudice sono funzionali ad un'efficiente gestione del processo, senza la quale la *class action* non potrebbe esistere in quanto rimedio processuale collettivo. Peraltro, anche la legge in vigore prevede che «[i]l tribunale, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del giudizio» (art. 840-quinquies, comma 4, c.p.c.). Tuttavia, a differenza della normativa precedente, qui il legislatore sembra aver voluto porre in essere vincoli procedurali un po' più strutturati e meno indefiniti, dal momento in cui ha sancito che il procedimento è regolato dal rito sommario di cognizione di cui agli artt. 702-bis ss. c.p.c. (art. 840-ter, comma 3). Peraltro, sempre con riferimento a disciplina anteriore, v. A. TORINO, ord. 27 ottobre 2010, in *Corr. giur.*, 4/2011, 519 ss., con nota di B. ZUFFI. Il giudice, con ordinanza di manifesta infondatezza, ha ritenuto conforme il filtro di ammissibilità dell'azione con gli artt. 2, 24 e 111 Cost., dal momento che esso è caratterizzato da forme procedurali di pieno contraddittorio ed esercizio del diritto di difesa.

¹⁰⁶ Le dinamiche partecipative e conflittuali che le azioni collettive e di classe sono in predicato di instaurare denotano una sorta di politicità immanente che va a riempire lo spazio idealmente lasciato scoperto dall'affievolirsi dei tradizionali canali rappresentativi. Cfr. v. M. SPANÒ, *Azioni collettive*, cit., 35 ss. L'A. parla, in proposito, di «una soggettivazione politica attraverso mezzi giuridici»: ID., *Op. cit.*, 39.

¹⁰⁷ In tema, molto chiaramente, cfr. A. DONATI, *Diritto soggettivo e azione collettiva*, in A. BELLELLI, *Op. cit.*, 46 ss. L'A. rammenta come la legittimazione della giurisdizione americana in ordine alla trattazione di questioni che hanno portata politica e anche giuridica che esorbita il perimetro della lite è supportata da una tradizione costituzionale che vede il giudice partecipare alla produzione di norme giuridiche attraverso il principio del precedente vincolante, ciò che è estraneo, ovviamente, alla tradizione continentale. Tuttavia, acceso è il dibattito anche negli Stati Uniti circa la legittimazione del giudice all'esercizio di poteri ampiamente discrezionali, con particolare riguardo al giudizio di *certification* - l'ordinanza di ammissibilità - e al suo carattere potenzialmente dispositivo dei diritti individuali. Cfr. G. ROMEO, *Il crepuscolo degli dei: l'azione*

legge, che è propria della tradizione giuridica continentale e che emerge dalla stessa Costituzione italiana, rende più stretto il terreno su cui si muove il giudice nostrano¹⁰⁸.

Fatte queste premesse, può qui aggiungersi che parte della dottrina ha espresso perplessità circa l'ampiezza dei poteri di gestione del processo attribuiti al giudice e, insieme, circa l'adeguatezza dei criteri sostanziali e procedurali atti a circoscriverne la discrezionalità. Per quel che più interessa ai nostri fini, tali perplessità coinvolgono anche il potere di definire i contorni dei diritti individuali omogenei e, contestualmente, la composizione della classe come ente aggregativo e le condizioni che presiedono all'inclusione o all'esclusione nella classe dei soggetti individuali¹⁰⁹.

Per simili questioni, l'"autoregolazione" giurisprudenziale può forse mostrarsi adatta a integrare, sulla base dell'esperienza dei casi concreti, un parametro normativo che per definizione non può tutto prevedere e, di conseguenza, a rendere l'esercizio della giurisdizione più controllabile e quindi più legittimo. A tal fine, perciò, la funzione nomofilattica della giurisprudenza, specie di quella di legittimità, appare decisiva. In questa prospettiva, non sembra potersi salutare con favore il fatto che la legge non preveda un ricorso per cassazione avverso l'ordinanza che statuisce sull'ammissibilità – o meglio, sull'ordinanza di reclamo in sede di appello – e che la stessa Suprema Corte, a SS. UU., abbia negato l'esperibilità del rimedio¹¹⁰.

di classe negli Stati Uniti d'America alla prova del diritto costituzionale, cit., 1144 ss. Sempre negli Stati Uniti, il tema della politicizzazione delle corti, soprattutto sotto per l'aspetto della rappresentazione processuale di interessi sociali, ha dato vita a un importante dibattito giuridico e, soprattutto, socio-politologico. Per riferimenti, si rinvia a M. SPANÒ, *Op. cit.*, 90 ss. Per riferimenti allo storico dibattito sulla legittimazione della Corte suprema federale, si rinvia a C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 1/2008, 3 ss. Per il dibattito nell'Europa continentale e per il caso italiano in particolare, v. C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (1984), Napoli, 2014.

¹⁰⁸ Specificamente sul tema della legittimazione degli strumenti privatistici e in generale giudiziari a "soppiantare" i più tradizionali canali rappresentativi, v. S. ISSACHAROFF, *Class action e autorità statale*, cit., 1033 s.: «La *class action* si pone come una forma di organizzazione collettiva alternativa allo Stato, ma priva degli elementi della partecipazione popolare, del consenso politico e della responsabilità elettorale che legittimano l'autorità statale in una democrazia. L'attribuzione di legittimazione collettiva a un'istituzione senza il *pedigree* democratico dello Stato richiede una qualche giustificazione, specie nei paesi con una forte tradizione statalista derivata dal diritto romano». Con specifico riferimento alla c.d. azione di classe di diritto pubblico, attenta dottrina sottolinea come il sindacato del giudice amministrativo sull'efficienza e l'efficacia dell'utilizzo delle risorse pubbliche «potrebbe spingersi sino ad un giudizio di merito; e ci si può chiedere se non ci si trovi, nel momento in cui ci si trova ad applicare criteri di natura economico-gestionale, ai confini della stessa nozione costituzionale di *giurisdizione*» (corsivo nostro): così O. POLLICINO – R. GRAZZI, *La c.d. class action pubblica in Italia*, cit., 1222. Più in generale, parte della dottrina italiana ha evidenziato come la politicizzazione dello stesso giudice comune sia almeno in parte inevitabile perché connaturata al sistema costituzionale pluralistico in cui anche il giudice comune va ad inserirsi. Cfr. C. MEZZANOTTE, *Sulla nozione di indipendenza del giudice*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, 3 ss. In tema, più di recente, v. ampiamente L. BUFFONI, *Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale. Apologia e limiti dell'universalismo procedurale*, Napoli, 2012, in partic. 69 ss. Sul processo storico della progressiva integrazione del potere giudiziario nel sistema costituzionale, si rinvia, se si vuole, a P. MEZZANOTTE, *La giurisdizione sui diritti tra Corte costituzionale e giudice comune*, cit., *passim*.

¹⁰⁹ Molto incisivamente, in merito alla carenza di specifici criteri cui ancorare la valutazione di ammissibilità, cfr. P. COMOGLIO, *Op. ult., cit.*, 1126 s., specie ove si consideri «la concreta difficoltà di compiere simili valutazioni in un momento in cui la classe non è ancora...fattualmente e giuridicamente esistente»: ID., *Op. ult. cit., ibidem*. Vedi però, con accenti parzialmente differenti, R. CAPONI, *Verso la determinazione giudiziale dell'azione collettiva risarcitoria*, in G. GITTI – A. GIUSSANI (a cura di), *La conciliazione collettiva*, Milano, 2009, 117 ss. Secondo l'A., l'accrescimento dei poteri d'ufficio e conformativi propri del giudice in relazione al processo e alle situazioni dedotte in giudizio è accettabile nella misura in cui il principio dispositivo, la terzietà e imparzialità del giudice e la garanzia dei diritti individuali devono essere bilanciati con esigenze di efficienza dell'amministrazione giudiziaria che sono primariamente sottese all'istituto dell'azione di classe.

¹¹⁰ Sostiene la doverosità dell'applicazione del ricorso per cassazione ex art. 111, comma 7 Cost. A. PACE, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova "class action"*, cit., 8.

8. *Considerazioni conclusive.*

Il diritto di agire e di difendersi in giudizio, sancito dall'art. 24 Cost., si presta a un esercizio in forma collettiva e, inoltre, non è di per sé un ostacolo all'utilizzo dell'azione in vista del conseguimento anche di obiettivi di sistema che eccedono la tutela dei diritti.

Sotto il primo aspetto, l'esperienza della *class action*, almeno nella *ratio* ad essa sottesa, mostra un collegamento con principi e finalità di ordine costituzionale, primi fra i quali l'effettività della tutela dei diritti e, insieme, il proverbiale favore della Costituzione per il loro esercizio in forma collettiva ai fini della stessa tutela effettiva. Inoltre, l'azione di classe presenta una spiccata propensione a favorire la formazione di aggregati plurisoggettivi in tutti quei casi, sempre più frequenti e caratterizzanti gli assetti della società post-industriale, in cui a un numero ristretto di soggetti economici forti e organizzati si contrappone una pluralità indefinita e non articolata di consumatori, o anche semplicemente di cittadini.

Sotto il secondo aspetto, si è ricordato, da un lato, come il profilo soggettivo e quello oggettivo contribuiscono entrambi a delineare i caratteri della giurisdizione; dall'altro, che i diritti fondamentali si sviluppano in una dimensione metaindividuale in cui si esprime il loro stesso carattere fondativo dell'ordinamento giuridico. Se, come pare, ciò può valere anche per il diritto di agire in giudizio, gli stessi caratteri più marcatamente pubblicistici della *class action* non sembrano discostarsi poi troppo dal solco del diritto costituzionale e dai suoi sviluppi interpretativi. Ciò vale sia per l'azione di classe risarcitoria, che evidenzia una funzione di deterrenza generale e di implementazione di politiche regolatorie; sia per la c.d. *class action* di diritto pubblico, che è dichiaratamente orientata a propiziare il buon andamento delle amministrazioni pubbliche e per la quale il carattere obbiettivo sembra nettamente prevalere su quella della garanzia di diritti e interessi individuali.

Come si è visto, tuttavia, alcune questioni necessitano di una certa attenzione.

In primo luogo, infatti, il nucleo duro del diritto soggettivo ad agire e difendersi in giudizio osta a un suo completo assorbimento nella dimensione collettiva e ordinamentale.

Sembra che la scelta per il meccanismo dell'*opt-in* in luogo dell'*opt-out* sottenda proprio la preoccupazione di lasciare libertà al soggetto di non aderire all'azione, preservando perciò i suoi diritti a livello individuale. Si è cercato di dimostrare, tuttavia, come la concreta disciplina positiva, causa un regime lasco degli obblighi di comunicazione, non abbia del tutto scongiurato il rischio che di fatto il singolo non possa giovarsi del rimedio collettivo e che, di conseguenza, vanga a cadere per lui quella tutela effettiva che la legge ha invece inteso favorire. Ciò pone in evidenza, forse, un profilo di illegittimità della disciplina proprio per lesione del diritto di difesa nella sua effettività e denota, probabilmente, anche l'irragionevolezza della disciplina sotto il profilo della sua idoneità al raggiungimento dello scopo cui è indirizzata. È tuttavia doveroso aggiungere che, quale che sia il modello di adesione prescelto dal legislatore, talvolta è la stessa condizione di dispersione degli appartenenti alla classe a rendere molto difficile l'espletamento di oneri di notifica individuali, cosicché, fatalmente, il regime di garanzia della conoscenza effettiva dei termini dell'azione può presentare rilevanti imperfezioni. Possono aprirsi, quindi,

spazi più o meno ampi nei quali è necessario bilanciare il diritto del singolo con la più generale istanza di tutela giurisdizionale effettiva ed efficiente che è sottesa all'azione di classe.

Peraltro, si è visto come il tentativo, di per sé giusto, di favorire l'adesione all'azione di classe moltiplicando le possibilità di intervento del singolo rischi di risolversi, di fatto, in una compressione dei diritti del convenuto, che non conosce dall'inizio l'esatta composizione della classe e che, di conseguenza, non è messo in condizione di pianificare per tempo la sua linea difensiva.

In secondo luogo, è in discussione anche la piena idoneità istituzionale della giurisdizione e del processo a fungere da "arena" per il dispiegarsi del conflitto fra interessi collettivi e per il dipanarsi di dinamiche di partecipazione e di rappresentanza di interessi. Queste, sovrapponendosi alle tradizionali funzioni del processo, potrebbero dar luogo a un'eccessiva esposizione politica del giudice, come rilevato anche nel dibattito statunitense. La questione è resa ancor più delicata dal fatto che, a differenza del modello "classico" di azione collettiva, qui il giudice ha importanti poteri di gestione del processo, quando non anche di conformazione delle situazioni soggettive individuali.

Un discorso analogo va fatto a proposito dell'utilizzo del processo come veicolo per l'esplicazione di iniziative a carattere sussidiario, ossia per azioni di singoli o gruppi che, attraverso il canale della giurisdizione, integrano "dal basso" le funzioni di controllo e le politiche regolatorie usualmente implementate dalle apposite autorità amministrative. Di queste iniziative, ovviamente, il giudice non si fa mero "portavoce": si giova, bensì, delle dinamiche partecipative e rappresentative, che è in predicato di favorire nel processo, per legittimarsi come partecipe di un pluralismo regolatorio¹¹¹ entro il quale egli stesso assume, se vogliamo, le sembianze di organo sussidiante.

Sullo sfondo di tali fenomeni, si intravede un tema più generale e dibattuto: quello della non completa capacità dei canali della rappresentanza e della partecipazione politica in senso stretto, ma anche, come visto, della rappresentanza di interessi così come tradizionalmente intesa, di apprestare sufficiente copertura per domande sociali diffuse ma non organizzate e sottorappresentate. Il fatto che tali domande trovino nella giurisdizione una valvola di sfogo è quasi fatale, e con la *class action* lo stesso legislatore sembra avere consapevolezza di ciò.

Una simile, potenziale amplificazione del ruolo del giudice e dello spazio entro cui va ad operare richiede adeguati contrappesi. I vincoli e i controlli interni alla stessa giurisdizione sono i primi a richiamare qui l'attenzione. Spiccano tra questi, come si è visto, l'esigenza di una disciplina procedurale più rigorosa e garantista, nonché di una maggiore implementazione degli strumenti di nomofilachia. Specie questi ultimi possono propiziare virtuosi meccanismi di autoregolazione di cui, allo stato, la disciplina della *class action* sembra essere in parte carente, peraltro con l'avallo della stessa giurisprudenza di legittimità.

¹¹¹ Utilizza tale espressione S. ISSACHAROFF, *Op. cit.*, 1051.

ABSTRACT

Il contributo offre una riflessione sulla compatibilità dell'azione di classe con principi e disposizioni costituzionali, con particolare riguardo al diritto individuale di azione e difesa in giudizio. Il tema viene osservato nella prospettiva costituzionalistica della c.d. multidimensionalità dei diritti fondamentali, che disvela le potenzialità di conflitto tra dimensione soggettivo-individuale e dimensione metaindividuale e che trova puntuale riscontro relativamente al diritto inviolabile di difesa. Il contributo si sofferma anche sugli effetti che l'amministrazione di controversie collettive e seriali spiega sul ruolo del giudice e sui principi costituzionali che legittimano il suo operato.

The essay examines the constitutional legitimacy of the class action, with particular regard to the individual right to a fair trial. The subject is analysed in the constitutional perspective of the multidimensional nature of fundamental rights. In this point of view, the potential conflicts between the individual and the meta-individual dimension of constitutional rights are shown and this can be also observed with regard to the right to a fair trial. The essay also considers the effects of class and collective actions on the functioning and the legitimacy of the judicial branch.

PAROLE CHIAVE

Azioni di classe, diritto di difesa, giurisdizione, costituzione, pluralismo.

KEYWORDS

Class actions, right to defense, jurisdiction, constitution, pluralism.